

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PHONOGRAPHE

DANS

SES RAPPORTS AVEC LES DROITS D'AUTEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 8 novembre 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Etienne CAEN

Président : M. RENAULT, professeur.

*Suffragants : { MM. PIÉDELIEVRE, professeur.
CAPITANT, professeur*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot. PARIS-5

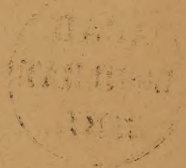
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1910

*Diss.
Paris
1910.*

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.



42372.
UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PHONOGRAPHE

DANS

SES RAPPORTS AVEC LES DROITS D'AUTEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 8 novembre 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Etienne CAEN

Président : M. RENAULT, professeur.

*Suffragants : { MM. PIÉDELIEVRE, professeur.
CAPITANT, professeur.*



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1910

LE PHONOGRAPHE

PAR

SER. RAPPORTS AVEC LES DROITS D'AUTEUR

PAR M. LE DOCTEUR

ET DE DROIT

Le 20 Mars 1890, à 1 heure 1/2

PAR

M. LE DOCTEUR

Président : M. LE DOCTEUR
Rapporteurs : M. LE DOCTEUR
M. LE DOCTEUR

LE 20 MARS 1890

PAR M. LE DOCTEUR

LE 20 MARS 1890

PAR M. LE DOCTEUR

LE 20 MARS 1890

1890

LE PHONOGRAPHE

DANS

SES RAPPORTS AVEC LES DROITS D'AUTEUR

INTRODUCTION

Analysé du droit d'auteur : droit moral, droit pécuniaire. — Étendue du droit pécuniaire : a) sur l'expression matérielle de l'œuvre ; b) sur son exécution et sa reproduction. — Nature juridique du droit d'auteur : l'auteur est-il propriétaire de son œuvre ? — La théorie des droits intellectuels. — Définition de la Cour de Cassation. — Le phonographe. — Position de la question.

Si le droit qu'un auteur possède sur son œuvre nous apparaît aujourd'hui comme incontestable, il faut voir dans la reconnaissance de ce droit le plus sûr témoignage de la marche progressive des conceptions juridiques et des idées modernes ; car il n'est peut-être point de droit dans les annales de la science juridique qui ait été plus controversé et plus discuté que le droit d'auteur : c'est que, d'une part, ce droit, de création relativement récente, semble, à première analyse, échapper à toute classification juridique et que, d'autre part, les discussions théoriques dont il a été l'oc-

casion n'ont fait, le plus souvent, que servir de prétexte à des luttes d'intérêt, luttes dont nous pourrions constater plusieurs fois l'existence au cours de cette étude.

L'œuvre artistique ou littéraire quelle qu'elle soit, roman, statue ou tableau, porte en elle-même ce que l'on peut appeler *la marque de son auteur* ; toute œuvre révèle à un degré plus ou moins grand la personnalité de celui qui l'a réalisée ; conception matérielle d'un effort, elle est le résultat tangible d'un travail intellectuel et « comme toute personnalité doit être respectée et que tout travail libre mérite salaire, il s'ensuit
« que toute œuvre littéraire ou artistique se trouve
« protégée à la fois par un double droit désigné en
« doctrine l'un sous le nom de droit moral, l'autre
« sous le nom de droit pécuniaire (1) » ; c'est la réunion de ces deux droits qui constitue le droit d'auteur.

Le droit moral, aussi facile à comprendre que difficile à définir, est ce *droit virtuel* qui assure à l'auteur le respect absolu de son œuvre telle qu'il l'a conçue et voulue, véritable droit naturel dont la reconnaissance ne se trouve pas dans nos lois, mais dont personne ne pourrait nier l'existence.

Ce droit, qui consacre l'auteur maître moral de sa création, existe en dehors de tout intérêt matériel ;

1. Cf. Darras. *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, n° 1 et suiv. Cf. aussi Fuzier-Hermann, *vo Propriété littéraire*, n° 1 et suiv.

qu'une œuvre ait été reproduite, modifiée, interprétée sans l'autorisation de son auteur, c'est là une atteinte portée à l'intégralité de son œuvre et qui fait éprouver à son auteur, outre le préjudice matériel, un préjudice moral appréciable.

Le *droit pécuniaire*, plus objectif et plus précis, est ce qu'on pourrait appeler l'*expression commerciale de l'art*, puisque c'est lui qui permet à l'auteur de monnayer son art et d'obtenir ainsi la rémunération de son travail.

C'est d'abord à la représentation matérielle de l'œuvre que ce droit trouve son application : il se trouve alors régi par les règles du droit commun en matière de biens corporels : en conséquence l'auteur d'une œuvre quelconque est propriétaire de cette œuvre et peut à ce titre en disposer comme il l'entend.

A côté de ce droit qui n'a jamais fait l'objet d'aucune contestation sérieuse se trouve l'autre droit pécuniaire, celui-là plus contesté, sinon en principe, du moins en fait, et qui comprend, d'une part, le droit de reproduction, de l'autre, le droit d'exécution ou de représentation, droits grâce auxquels l'auteur ou l'artiste peuvent se réserver un monopole d'exploitation ou exiger une certaine redevance pour toute exécution ou représentation dont l'œuvre est ou peut être l'objet.

Ce droit, qui constitue l'essence même du droit d'auteur, est aujourd'hui reconnu par tous les peuples civilisés ; mais lorsque, le principe une fois posé, il a

fallu passer de la théorie à la pratique, de graves difficultés surgirent au sujet de son application.

En théorie, l'accord n'avait déjà pu se faire sur la nature juridique du droit d'auteur, et aujourd'hui encore les juristes restent divisés.

Pendant très longtemps les auteurs, subissant l'influence du droit romain qui divisait la matière juridique en droits réels, personnels et droits d'obligation, ont tenté de faire entrer de gré ou de force le droit d'auteur dans une de ces catégories, notamment celle des droits réels. La majorité de ces auteurs (1), en effet, prétendait assimiler complètement le droit d'auteur au droit de propriété (2) : l'auteur est propriétaire de son œuvre, disaient-ils, comme le paysan est propriétaire de sa terre, l'un et l'autre ont les mêmes droits et obéissent aux mêmes lois.

1. Cf. *Jur. gén.*, v° *Propriété littéraire et artistique*, n° 72. *Supplément*, *codem verbo*, n° 27 et suiv. ; Dissertation de M. Sarrut sous req., 25 juillet 1887, D. P. 88.1.5 ; Conclusions de M. le Procureur général Baudoin et note de M. Ambroise Colin sous Paris, 1^{re} février 1900, et Civ., 25 juin 1902, D. P. 1903.1.5.

Adde. Pouillet. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 90 ; Huard. *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, n° 21 et suiv.

En sens contraire, H.-C. Carey. *Letters on international Copyright*, 1853-1858 ; Walter. *Système du droit privé allemand* ; Proudhon. *Les majorats littéraires*.

2. Cf. Diderot. *Lettre sur le commerce et l'industrie* ; Alphonse Karr. *Les Guépes*, année 1841 ; Batbie. *Traité de droit public*, 1861, t. 1, 463 ; Pouillet. *Plaidoiries et discours*, t. 2, p. 605.

L'influence de cette théorie fut telle qu'une terminologie nouvelle s'établit et que les mots « droits d'auteur » disparurent un moment du langage usuel pour faire place à ceux de « propriété littéraire et artistique » dont on se sert encore quelquefois aujourd'hui mais qui à l'époque révolutionnaire notamment correspondaient exactement aux idées en cours (1).

« Dites que la propriété littéraire est une propriété, écrivait Alphonse Karr dans une boutade qui est restée célèbre, puis taisez-vous, laissez faire le droit commun (2) » ; la question n'était pourtant pas si simple à résoudre.

Cette théorie de la propriété littéraire qui tend à assimiler deux choses aussi différentes qu'une chose matérielle et une chose intellectuelle, peut, à première vue, éveiller une certaine défiance. En fait, entre la propriété littéraire et la propriété ordinaire les différences sont profondes ; l'œuvre qui n'est pas susceptible d'appropriation ne saurait être en effet l'objet d'un droit privatif de propriété ; le propriétaire jouit seul à l'exclusion des autres de tous les avantages qu'il est possible de tirer du bien objet de propriété ; son droit est

1. Cette terminologie était d'ailleurs bien en harmonie avec le style officiel et pompeux de l'époque révolutionnaire. Lakanal disait que « de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, c'était assurément celle des productions du génie ». La loi de 1793 est intitulée : loi relative aux droits de propriété des auteurs, etc.

2. Alphonse Karr, *op. cit.*

absolu : il peut l'exercer sans être contraint à y faire participer autrui ; au contraire, le droit conféré aux auteurs et aux artistes n'a d'utilité qu'autant que l'œuvre est communiquée à tous : « On ne perd pas la propriété du sol quand même on le laisserait trente ans en friche, on ne voit pas une loi stipulant que celui qui a joui de son champ pendant cinquante ans doit ensuite le laisser cultiver par le premier venu (1). » Le droit de propriété suppose une jouissance privative, le droit des auteurs suppose au contraire une jouissance commune et ne saurait donc constituer un droit de propriété, ou bien alors c'est un droit de propriété comportant de telles modalités qu'il constitue en fait un droit propre (2), ne se rattachant que de très loin au droit de propriété ordinaire.

Nous n'entrerons point dans l'étude des différents autres systèmes qui ont été imaginés pour déterminer la nature de ce droit : les discussions auxquelles ils ont donné lieu n'étant le plus souvent que des querelles de mots sans aucun intérêt pratique.

Seule, une théorie nouvelle, due au jurisconsulte belge M. Picard, mérite d'être signalée car elle nous paraît la plus conforme à la réalité des choses : mettant les droits de l'auteur à l'écart de la division tripartite des droits, elle en fait une catégorie à part dite des « droits

1. Cf. rapport de M. le conseiller rapporteur Le Pelletier, D. P. 1888, 1. 8.

2. Cf. Fuzier-Hermann, *v° Propriété littéraire*, n° 7.

intellectuels » ; elle refuse à ces droits intellectuels le caractère de droit réel, de droit d'obligation ou de droit personnel parce que l'analyse ne découvre pas de choses corporelles, de prestations à fournir, de fait à accomplir ou enfin de qualités juridiques qui puissent être considérés comme l'objet du droit intellectuel, condition nécessaire pour qu'un droit puisse être considéré comme un droit réel, comme un droit d'obligation ou comme un droit personnel ; il faut donc créer pour le droit d'auteur une nouvelle catégorie qui aura pour caractère essentiel d'avoir pour objet l'œuvre elle-même (1).

Telle est, en quelques mots, cette théorie très simple qui présente, entre autres avantages, celui d'éviter des confusions fâcheuses en créant pour les droits d'auteur à l'abri de toute équivoque une catégorie nouvelle, absolument indépendante, celle des « droits intellectuels ».

L'assimilation entre les droits de l'auteur et ceux d'un propriétaire ordinaire ne peut se faire, nous l'avons vu, que d'une façon très incomplète ; si l'œuvre se rapproche quelquefois de la propriété au sens large du mot, elle en diffère sur quelques points essentiels : il n'y

1. Cf. Fuzier-Hermann, *v° Propriété littéraire*, n° 7, et aussi rapport de M. de Borchgrave présenté à la Chambre des députés belges ; Benoist et Descamps, année 1886. M. Picard expose lui-même sa théorie dans son Introduction au tome 2 des *Pandectes belges*, Bruxelles, 1879 ; et *J. de Droit International privé*, 1883, p. 566 et suiv.

a donc aucun intérêt pratique à tenter entre ces deux conceptions un rapprochement juridique quelconque, puisque jamais les règles régissant la propriété ne pourront servir d'une façon certaine de principe directeur dans l'étude des questions qui pourront être soulevées à l'occasion des droits d'auteur.

C'est cette opinion que consacrait très nettement notre Cour de Cassation lorsqu'elle disait dans un arrêt du 25 juillet 1887 « que les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans « le langage usuel, soit dans le langage juridique, sous « le nom de propriété; que, loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et « organisée pour les biens meubles et immeubles, ils « donnent seulement à ceux qui en sont investis *le privilège exclusif d'une exploitation temporaire* » (1).

Ce *monopole d'exploitation*, c'est la Révolution qui l'a consacré en France en réservant à l'auteur toutes les formes de l'exploitation de son œuvre : exploitation par l'édition, exploitation par la représentation et par l'exécution.

Mais, depuis cette époque déjà lointaine, des progrès nombreux ont été accomplis. Partout ont surgi des inventions nouvelles, éveillant des besoins nouveaux; au milieu de ce développement continu de l'industrie et des arts, les lois restent parfois stagnantes; aussi

1. Arrêt de la Cour de Cassation du 25 juillet 1887, D. P. 1888.1.23.

large que puisse être la conception d'un législateur, les situations juridiques nouvelles, conséquences du progrès, dépassent le champ de ses prévisions; la jurisprudence, dont le rôle est d'adapter les lois existantes aux nouvelles manifestations de la vie, n'a souvent qu'un caractère transitoire; c'est alors que s'impose au législateur la nécessité de légiférer à nouveau.

Il nous a paru intéressant d'étudier les rapports juridiques qui liaient étroitement à la question du droit d'auteur l'invention très moderne du phonographe, invention qui s'est « industrialisée » et a pris pendant ces dernières années une extension imprévue.

Tout le monde connaît le phonographe, tout le monde a entendu cet instrument reproduire avec la fidélité d'un écho les sons de toute nature qui lui ont été confiés. Hier, ce n'était encore qu'une invention scientifique sans autre intérêt que celui de la curiosité, c'est aujourd'hui un instrument exploité industriellement, répandu sur toute la surface du globe, objet d'un commerce considérable.

Le phonographe va se trouver, par son originalité et sa nouveauté, dans une situation juridique tout à fait à part et les discussions auxquelles il donnera naissance seront soutenues de part et d'autre avec d'autant plus d'apreté que de gros intérêts pécuniaires vont se trouver engagés.

Les fabricants de phonographes, en effet, pour assurer à leur fabrication le maximum d'exploitation com-

merciale, ne se contentèrent point de reproduire des airs de musique tombés dans le domaine public ; pour plaire à leur clientèle de plus en plus nombreuse, ils s'attaquèrent aux morceaux de musique modernes, s'emparèrent sans aucun scrupule des productions les plus récentes de nos auteurs et les reproduisirent par milliers sur les disques phonographiques. Les auteurs, en dehors du préjudice moral subi par une reproduction souvent tronquée et non autorisée de leurs œuvres, supportaient en outre un préjudice matériel considérable ; car si les disques se vendaient bien, les éditions musicales, par contre, se vendaient beaucoup moins et les fabricants de phonographes ne songeaient nullement à donner aux auteurs une indemnité compensatrice. C'est alors que les deux camps se dressèrent, d'une part celui des auteurs, de l'autre celui des industriels, fabricants de phonographes, et qu'en même temps se posait nettement la question de savoir si un fabricant a le droit d'emprunter à un auteur sans son autorisation une œuvre non encore tombée dans le domaine public, puis d'adapter cette œuvre au phonographe sans donner à cet auteur une indemnité quelconque.

C'est à l'occasion de cette question qu'une lutte sans merci va s'engager entre auteurs et fabricants sur le terrain des faits et du droit et c'est cette lutte que nous nous proposons de retracer brièvement.

Nous avons dit que les lois protectrices des droits

de l'auteur réservaient à ce dernier le droit de reproduire son œuvre et notamment de l'éditer; le compositeur de musique, aux termes de nos lois, étant maître de sa composition est également maître de son édition: c'est notamment ce principe que semble consacrer en termes très nets notre loi des 19-24 juillet 1793, qui est la loi fondamentale des droits des auteurs. Cependant, déjà à l'occasion de cette loi, des objections vont être soulevées: si la loi de 1793 semble réserver à l'auteur un droit d'édition, le disque phonographique pourra-t-il être considéré comme une édition et l'auteur pourra-t-il invoquer à ce titre le bénéfice de la loi? Contre les fabricants les auteurs soutiendront avec énergie l'affirmative; nous aurons, en recherchant le véritable sens de la loi de 1793, à examiner la valeur des arguments invoqués de part et d'autre.

Les difficultés d'interprétation relatives à la loi de 1793 et à la portée qu'il convient de donner au mot « édition » ne nous montrent qu'un petit côté du problème délicat que nous nous proposons d'étudier. C'est qu'une autre loi, celle de 1866, allait avoir incidemment dans la vie juridique du phonographe une influence considérable.

Cette loi de 1866, sur laquelle nous aurons beaucoup à insister, avait été promulguée à l'occasion des instruments de musique mécaniques: aux termes de son article unique, elle déclarait non-contrefaçon la reproduction par ces instruments d'airs de musique non

tombés dans le domaine public ; or fallait-il considérer le phonographe comme un instrument d'un genre tout à fait spécial, et le mettre ainsi dans une catégorie à part ? Fallait-il au contraire le considérer comme le dernier-né de ces instruments de musique mécaniques qui, commençant par l'orgue de Barbarie et la boîte à musique, se terminent aux pianolas et autres instruments de musique à organes interchangeables ? Admettre cette dernière interprétation, c'est admettre le phonographe au bénéfice de la loi de 1866 et par conséquent autoriser les fabricants à reproduire impunément sur les disques tous les airs de musique de nos compositeurs modernes.

Remontant à l'origine de cette loi, nous aurons à rechercher d'abord (en admettant que le phonographe puisse être considéré comme un instrument de musique mécanique) si cette loi, interprétative de la loi de 1793, fait bénéficier de ses dispositions tous les instruments de musique mécaniques ou si, loi de circonstance, elle doit être interprétée restrictivement et ne s'appliquer en conséquence qu'aux seuls instruments de musique mécaniques contemporains de la loi.

Après avoir souligné les raisons qui nous déterminent à adopter cette dernière interprétation, nous tenterons de démontrer, en admettant même l'interprétation la plus large de la loi de 1866 et, partant, son application à tous les instruments de musique mécaniques, que le phonographe ne saurait invoquer le bé-

néfice de la loi de 1866 parce qu'il n'est pas *un instrument de musique mécanique* au sens littéral et pratique de ces mots.

Nous enregistrerons, à la suite de cette étude, les solutions que les tribunaux français ont cru devoir apporter à ces questions délicates.

Ces discussions soulevées à l'apparition du phonographe ne se sont point arrêtées à nos frontières, il est même intéressant de constater que partout où l'industrie phonographique a pris naissance, en Europe comme hors d'Europe, les mêmes questions se sont posées sous la même forme, avec la même acuité ; nous retracerons brièvement l'histoire juridique du phonographe dans les autres pays et nous relaterons les décisions importantes de la jurisprudence étrangère.

Cette effervescence juridique suscitée un peu partout par le phonographe, fit naître en même temps dans tous les esprits l'idée d'une entente internationale : les auteurs convaincus qu'ils ne pouvaient être utilement protégés que s'ils l'étaient en tous lieux, firent de louables efforts pour arriver à cette entente : ces efforts ont été couronnés de succès puisqu'ils ont abouti, après la Convention de Berne et la Conférence de Paris, à la Conférence de Berlin qui est la codification internationale la plus récente du droit d'auteur.

Cette Conférence de Berlin est un monument juridique dont l'histoire pacifique des peuples peut à juste titre se glorifier ; après avoir retracé son origine et sa

genèse, nous ferons ressortir toute sa valeur pratique en indiquant les solutions qu'elle a apportées aux différentes questions relatives au phonographe.

Le texte adopté à Berlin ne le fut point sans de très vives discussions : c'est que, pour le phonographe particulièrement, de grands intérêts économiques entraient en jeu et qu'il fallait en outre compter avec les difficultés de rédaction et les susceptibilités de la diplomatie. Nous aurons donc, au cours de cette étude, à signaler quelques lacunes et à relever quelques critiques dans ce texte d'une convention qui restera cependant un admirable exemple de codification internationale.

Depuis la Conférence de Berlin, de nouveaux efforts ont été tentés dans tous les pays qui se sont intéressés à la question des droits d'auteur ; la plupart des pays qui ont assisté à la Conférence de Berlin ont aujourd'hui apporté leur adhésion à la Convention (1) ; les autres pays qui semblaient vouloir rester étrangers à ce mouvement international n'ont cependant pu rester indifférents à une œuvre dont la répercussion a été mondiale.

Au lendemain de cette conférence, un dernier effort reste à accomplir : chaque pays devra mettre en har-

1. Ces pays sont : l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, la République d'Haïti, le Japon, la République de Libéria, le Luxembourg, la Norvège, la Principauté de Monaco, la Suisse.

monie ses propres lois avec le texte même de la Convention ; déjà nous assistons à ce travail d'adaptation, à cette assimilation des grands principes juridiques reconnus dans l'acte international de Berlin ; ce sera la tâche de la prochaine conférence de parachever l'œuvre si admirable élaborée à Berlin en consacrant la reconnaissance totale, définitive, des droits que les auteurs revendiquent à juste titre depuis si longtemps.

HISTORIQUE ET LÉGISLATION DU PHONOGRAPHE

Les précurseurs du phonographe; sirène phonautographe. — Invention du phonographe: description de l'appareil. — Son développement économique; ses améliorations et perfectionnements. — Aperçu historique des droits d'auteur. — Les lois des 19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793. — Les articles 428 et suivants du Code pénal. — Différentes questions soulevées à l'occasion de ces lois. — La loi du 16 mai 1866: nouvelles questions qu'elle a fait naître.

C'est en 1877 qu'Edison, le célèbre savant américain, inventa le phonographe: l'apparition de cet étrange appareil en 1878 à l'Académie des Sciences devait soulever un enthousiasme d'autant plus compréhensible que la découverte était inattendue (1); pour la première fois en effet, Edison posait et résolvait en même temps ce délicat problème de trouver un instrument capable d'enregistrer tous les sons, puis, de les reproduire fidèlement, tels qu'ils ont été enregistrés.

Bien avant 1877, il est vrai, des expériences de

1. Cf. compte rendu donné dans le journal *La Nature* de la séance de l'Académie des Sciences dans laquelle fut présenté le phonographe.

phonétique avaient été tentées : on savait depuis longtemps au moyen de la « sirène » compter les vibrations d'un son déterminé. En 1857, un Français, Léon Scott, inventait le « phonautographe », précurseur bien timide du phonographe, simple machine à enregistrer les vibrations sonores au moyen d'un stylet reproduisant ces vibrations sur un papier enduit de noir de fumée.

A dire vrai, le phonographe ne doit rien au passé ; non que l'idée même d'un appareil enregistreur et émetteur de sons ait été absolument neuve : le cerveau fantaisiste de Cyrano de Bergerac avait imaginé dans son « Histoire comique des États et empires de la Lune » un livre miraculeux, « où on n'a besoin que des oreil-
« les, et duquel sort comme de la bouche d'un homme
« ou d'un instrument tous les sons distincts et diffé-
« rents qui servent entre les gens lunaires à l'expres-
« sion du langage ». C'est à Edison que devait revenir l'honneur de faire passer dans le domaine de la réalité ce rêve de grand enfant.

Ce qui étonne le plus lorsqu'on examine un phonographe, c'est la simplicité de l'appareil : il se compose essentiellement d'une pointe qui vibre quand on émet un son quelconque devant son pavillon et qui inscrit ses vibrations sur un cylindre tournant dont la surface est recouverte d'une substance molle. Une fois ce travail d'enregistrement terminé, si, revenant au point de départ, on fait tourner le cylindre, la pointe parcourra les sinuosités qu'elle a tracées et, guidée par

elles, elle répétera tous les mouvements que les vibrations sonores lui avaient imprimés et reproduira ainsi ces vibrations elles-mêmes (1).

Cet appareil dont les organes essentiels ne comportent qu'un rouleau, un style et un mouvement d'horlogerie, remplit donc une double fonction dont son nom, phonographe (2), n'indique que la première, celle d'enregistrer les sons et de les écrire, sa seconde fonction consistant, ainsi que nous l'avons vu, à reproduire ces sons avec la fidélité d'un écho.

Le phonographe, qui n'avait eu à son apparition qu'un succès de curiosité, devait prendre par la suite un développement imprévu; sortant des cabinets de physique expérimentale, il fit bientôt l'objet d'une fructueuse industrie: tous les jours on apportait à cet appareil des modifications nouvelles et des perfectionnements permettant une vente facile et à des prix

1. Cf. *Nouveau Dictionnaire des Sciences et de leurs applications*, chez Ch. Delagrave.

2. On emploie également pour désigner cet appareil, le nom de gramophone qui est étymologiquement synonyme de phonographe. Cependant le mot phonographie est plutôt réservé dans le langage courant aux appareils utilisant des cylindres et le mot gramophone à ceux utilisant des disques. Nous emploierons de préférence le mot phonographe, donné par Edison à son invention. Ce mot paraît être le terme générique employé pour désigner ces instruments sans distinction. Sur cette terminologie cf. Jugement Gramophone contre le Ministère du Commerce; ce dernier s'opposait à l'enregistrement de la marque « Gramophone ». *Times*, 6 juillet 1910, p. 3.

relativement modiques ; partout surgirent en même temps des fabriques de phonographes, répandant tous les ans par milliers sur toute la surface du globe leurs disques et leurs rouleaux de cire. La concurrence entre les fabricants en France, puis entre maisons étrangères, fit multiplier les efforts ; des contrats, parfois très onéreux, furent passés entre fabricants et chanteurs (1), aux termes desquels ces derniers réservaient à telle maison le monopole de leur voix, des orchestres spéciaux furent organisés pour les auditions destinées à l'enregistrement des disques, enfin, conséquence fatale de la concurrence, apparut le phonographe bon marché qui consacra définitivement la popularité de l'appareil.

Des progrès importants furent également réalisés dans la confection des disques ou rouleaux (2) : au lieu de reproduire un cylindre par contact auditif au moyen

1. En 1906, M^{me} Melba a reçu 250.000 francs de la Compagnie le Gramophone ; Tamagno en a reçu 125.000. Rapport de M. Théodore Reinach à la Chambre des députés. *Journal officiel*, séance du 17 mars 1910, annexe n° 3226.

2. Le rouleau est un cylindre tournant autour d'un axe horizontal, le disque est un plateau circulaire tournant autour d'un axe vertical ; par sa forme même il a sur le rouleau le précieux avantage d'être plus pratique et moins fragile. Cependant comme l'un et l'autre ne se distinguent que par la forme, nous les emploierons indifféremment sous le bénéfice de cette remarque, nous réservant d'employer de préférence le mot phonogramme qui dans sa généralité, les désigne l'un et l'autre.

du cylindre original ainsi qu'on procédait autrefois, on fait aujourd'hui une application nouvelle de la galvanoplastie en fabriquant une matrice en bronze qui moule exactement les sinuosités du cylindre original et qui sert alors à reproduire par milliers, et avec une exactitude parfaite, les cylindres livrés au commerce.

Cependant les airs du vieux répertoire pas plus que les chansons de jadis ne pouvaient suffire aux exigences d'une clientèle populaire, avide de musique nouvelle et de chansons d'actualité, aussi est-ce aux œuvres modernes que la philosophie s'attaqua : monologue, musique d'opéra ou de café-concert, et jusqu'à des morceaux littéraires ou dramatiques tout fut reproduit sur les disques phonographiques.

Nous avons dit qu'en principe l'auteur avait sur son œuvre tous les droits ; les fabricants en empruntant pour le phonographe les œuvres non encore tombées dans le domaine public vont porter atteinte à ce principe. De tels emprunts pourront-ils être faits sans l'autorisation de l'auteur, sans lui payer aucun droit ? Telle est la grande question à laquelle la doctrine et la jurisprudence auront à répondre. Mais avant de pénétrer dans le cœur même du débat, avant d'étudier les arguments dont auteurs et fabricants vont se servir dans une discussion d'autant plus vive que des intérêts considérables entreront en jeu, il convient, pour situer le problème dans son véritable milieu juridique, d'indiquer, au seuil même de cette étude, les

lois dont auteurs et fabricants vont se réclamer pour la justification de leurs droits.

Il ne faut pas remonter très loin dans le passé pour trouver la première reconnaissance légale des droits des auteurs : l'antiquité est muette sur ce point, encore que quelques auteurs aient cru voir dans l'hospitalité qu'on accordait en Grèce aux poètes qui chantaient la prise de Troie ou les erreurs d'Ulysse, la première manifestation de ce droit.

C'est en 1557 que Guttenberg à Mayence découvre l'imprimerie : l'apparition du livre sera le point de départ logique de la législation du droit d'auteur (1).

Cependant, dès 1516, les libraires et imprimeurs demandaient au pouvoir royal sa protection contre les contrefacteurs : elle se manifesta sous la forme de privilèges qui furent autant une mesure de protection privée qu'une mesure de surveillance publique : les édits royaux de 1847, la déclaration de Mantes du 10 septembre 1563 et l'ordonnance de Moulins de 1566 furent avec l'édit du 19 janvier 1826 la consécration de ce système.

Bien que le mot privilège ne laissât à cette époque

1. Nous passerons très rapidement sur l'historique du droit d'auteur, cette étude générale n'entrant point dans le cadre étroit que nous nous sommes imposé. On peut trouver cet historique dans la plupart des livres traitant généralement de la propriété littéraire et artistique. Cf. notamment *Traité de la propriété littéraire et artistique* Pouillet.

aucun doute sur la nature de cette concession du pouvoir royal, il est cependant intéressant de constater que quelques juristes du temps protestèrent déjà contre cette terminologie négatoire des droits de l'auteur (1).

Ce privilège subit au siècle suivant une fortune diverse : un règlement de 1777, après avoir rappelé que le droit de l'auteur est « une grâce fondée en justice » accorde à l'auteur un droit exclusif sur son œuvre ; cependant comme les libraires, dépourvus de garanties, n'imprimaient plus, et que les auteurs, privés d'argent, ne pouvaient exposer les frais d'impression, la situation devint alarmante : Linguet, Voltaire, Diderot, pour ne citer que les plus importants, entreprirent une campagne ardente qui aboutit, sur la proposition de M. de Miromesnil, à un arrêt du Conseil en date du 3 juillet 1778 lequel conférait à l'auteur un véritable droit de propriété sur son œuvre.

Puis arrive la Révolution : un vent d'égalité souffle sur toutes les institutions ; on se rappelle que le droit d'auteur est un privilège et, comme privilège, on le supprime : c'est la liberté absolue pour les imprimeurs d'imprimer ce qu'ils veulent ; ce régime nouveau pri-

1. Louis d'Héricourt, avocat des librairies de Paris, n'hésite pas à avancer « que le souverain lui-même, en conséquence de ses propres lois, se trouve dans une heureuse impuissance d'ôter les privilèges « qu'il a accordés à un libraire, propriétaire d'un manuscrit, pour en « gratifier un autre qui n'y a aucun droit ».

vait les auteurs de leur dernière protection et aboutissait, sous prétexte d'égalité, à la négation la plus complète de leurs droits.

Ce devait être l'œuvre des lois de 1791 et 1793 de poser à nouveau les bases de cette réglementation des droits de l'auteur si péniblement édifiée par la royauté, si rapidement engloutie dans la tourmente révolutionnaire.

Ces deux lois constituent à elles seules toute une réglementation : véritable charte des droits d'auteur, elles parviendront jusqu'à nous à travers un long siècle d'agitations et de troubles et ne subiront au choc des révolutions politiques ou économiques dont la France a été le théâtre qu'une seule atteinte, la loi de 1866, qui nous retiendra quelque peu.

La loi du 19 janvier 1791 réglemente dans son article 3 le droit de représentation des auteurs.

« Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être
« représentés sur aucun théâtre public, dans toute
« l'étendue de la France, sans le consentement formel
« et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation
« du produit total des représentations, au profit des
« auteurs. »

Cette loi trouve sa sanction dans l'article 428 du Code pénal qui est formulé ainsi : « Tout directeur ou entre-
« preneur de spectacles, toute association d'artistes
« qui aura fait représenter sur son théâtre des ouvra-
« ges dramatiques au mépris des lois et règlements des
« auteurs sera puni d'une amende de 50 francs au

« moins et de 100 francs au plus et de la confiscation
« des recettes. »

C'est cette loi qui, recevant de la jurisprudence une interprétation large et équitable, a consacré l'interdiction de l'exécution publique d'une œuvre quelle qu'elle soit sans le consentement de son auteur. Encore que l'article 428 du Code pénal ne parle que des « ouvrages dramatiques » et que la loi de 1791 ne parle que de « l'exécution sur un théâtre », on est unanime à décider que ces expressions doivent s'entendre non seulement de tout ouvrage représentant une action tragique ou comique, mais aussi de toutes compositions musicales. « Les mots « ouvrages dramatiques » désignent toute œuvre susceptible d'être reproduite, représentée par un moyen quelconque sur un théâtre ou dans un autre lieu public (1). »

En ce qui concerne plus spécialement les phonographes, la loi de 1791 et l'article 428 trouvent leur application en interdisant l'*exécution publique* des œuvres reproduites par le phonographe et non tombées encore dans le domaine public. Les tribunaux eurent plusieurs fois à se prononcer sur cette question : ils la tranchèrent toujours dans un sens favorable aux auteurs (2).

1. Cf. Fuzier-Hermann, *vo Propriété littéraire*, n° 158 et suiv.

2. C. cass., 11 mai 1860, D. P. 60.1.293; Nancy, 18 juin 1870, D. P. 72.2.73; Ch. req., 3 mars 1873, D. 73.1.253, et pour les phonographes, Trib. Beaune, 9 juillet 1896, et Trib. Seine, 7 mars 1895, *Bull. Soc. mus.*, n° 47, p. 59, et n° 48, p. 68.

C'est ce que décidait notamment la Cour de Lyon dans un arrêt du 14 novembre 1900 (1) : un cafetier avait installé dans une salle ouverte au public une boîte à musique que tout consommateur pouvait mettre en mouvement en introduisant une pièce de dix centimes dans l'appareil ; la Société des Auteurs et Compositeurs de musique intenta un procès au cafetier : le Tribunal de Saint-Étienne la débouta mais la Cour de Lyon infirma le jugement et, conformément d'ailleurs à la jurisprudence, condamna le cafetier pour représentations illicites.

Il n'y a donc au sujet de l'exécution publique aucune discussion possible en ce qui concerne les phonographes ; le texte est formel et la jurisprudence unanime (2) : toute exécution publique d'une œuvre reproduite par le phonographe est interdite par la loi.

A côté de ce droit de représentation que la loi de 1791 réserve aux auteurs, il faut placer le droit d'édition dont le monopole exclusif a été conféré aux auteurs par la loi des 19-24 juillet 1793 qui dispose :

« Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront pendant leur

1. *Gaz. Trib.* 1901., II. 3.

2. Cf. F. Labori, *Répertoire*, t. X, p. 791 ; C. cass., 11 mai 1860, D. P. 60.1.293 ; Nancy, 18 juin 1870, D. P. 72.2.73 ; Ch. req., 3 mars 1873, D. P. 73.1.253 ; Pataille, année 1881, p. 235. En Belgique : J. de Paix, dé Bruxelles (1^{er} canton), 1^{er} octobre 1899 ; *Bull. Soc. mus.*, n° 51, p. 116

« vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre,
 « distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la
 « République, et d'en céder la propriété en tout ou en
 « partie. »

Comme pour la loi de 1791 le Code pénal apporte à cette loi la sanction de son article 425. « Toute édition
 « d'écrits, de composition musicale, de dessin, de pein-
 « ture et de toute autre production imprimée ou gra-
 « vée en entier ou en partie, au mépris des lois et
 « règlements relatifs à la propriété des auteurs, est
 « une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit. »

Cette loi réserve donc aux auteurs le droit de publier et d'éditer leurs œuvres. Qu'ils aient concédé ce droit ou qu'ils en aient gardé la propriété, les titulaires de ce droit peuvent donc interdire la publication ou l'édition d'un ouvrage sans leur autorisation.

L'apparition du phonographe devait faire naître à l'occasion de cette loi un problème singulièrement délicat : pouvait-on, sous l'empire de ces dispositions législatives, considérer le rouleau phonographique comme une « édition » protégée, à ce titre, par la loi ? Si le rouleau est une édition, l'auteur en est le maître et peut seul en disposer comme il l'entend. Si, au contraire, il n'est pas une édition, et on saisit vite tout l'intérêt de la question, les fabricants pourront faire reproduire par leur phonographe tous les airs empruntés aux compositeurs modernes, sans avoir à leur demander leur autorisation ou à leur payer aucun

droit : nous essaierons de résoudre ce premier problème par la jurisprudence et par les faits.

C'est à dessein que nous n'avons jusqu'ici parlé du phonographe qu'en le considérant, *in abstracto*, comme une invention nouvelle n'ayant aucun lien la rattachant de près ou de loin aux instruments de musique qui l'ont précédé; cependant, depuis longtemps déjà, les instruments de musique mécaniques avaient fait leur apparition en France en commençant par la boîte à musique et l'orgue de Barbarie pour se terminer aux pianolas, æoliens et autres pianos mécaniques. Fallait-il considérer le phonographe comme le dernier-né de cette suite glorieuse? Nous avons vu, qu'en fait, le phonographe avait une origine autonome, et qu'il était sorti pour ainsi dire tout armé du cerveau de son inventeur; cependant il faut reconnaître qu'il y a entre les instruments de musique mécaniques, les derniers créés surtout, et les phonographes une certaine analogie: les uns et les autres sont mis en mouvement, à l'aide d'une mécanique, les uns et les autres (1) sont à organe interchangeable et possèdent donc une partie indépendante, carton perforé ou phonogramme, qui est la caractéristique de ces instruments. Cette analogie

1. Il faut distinguer parmi les instruments de musique mécaniques, ceux qui comme la boîte à musique et l'orgue de Barbarie sont construits en un seul corps et ceux qui, comme les pianolas, æoliens, etc. sont dits à organes interchangeables et se composent d'un instrument de musique et d'un carton perforé ou autre organe indépendant.

bien que purement de forme, devait avoir sur le phonographe une répercussion importante, ainsi que nous pourrions le constater.

Les instruments de musique mécaniques furent en effet l'objet d'une sollicitude toute particulière de la part du législateur français ; pour des motifs que nous exposerons plus loin, la loi du 16 mai 1866 soustrait ces instruments à l'application des lois en déclarant non-contrefaçon la reproduction faite par eux des airs de musique. Voici d'ailleurs le texte intégral de cette loi :

« Loi relative aux instruments de musique mécanique. — Article unique. — La fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique qui sont du domaine privé ne constituent pas le fait de contrefaçon musicale prévu et puni par la loi du 19 juillet 1793, combinée avec les articles 425 et suivants du Code pénal. »

Cette loi qui, par ses termes très généraux, semble protéger tous les instruments de musique mécaniques, allait-elle s'appliquer au phonographe ? Pour résoudre cette question nous aurons simplement à rechercher si la loi de 1866 doit être considérée comme interprétative ou comme restrictive de la loi de 1793 : interprétative, la loi de 1866 ne sera qu'une application des principes posés par la loi de 1793 et s'appliquera alors à tous les instruments de musique mécaniques et particulièrement au phonographe ; restrictive, la loi

de 1866 sera une dérogation aux droits des auteurs et partant devra, comme loi d'exception, s'appliquer exclusivement aux instruments de musique mécaniques contemporains de cette loi, le phonographe échappant ainsi à sa réglementation.

Nous espérons pouvoir démontrer facilement avec les faits que cette loi de 1866 est une loi restrictive, une loi d'exception, et cependant, dans notre désir de pousser jusqu'au bout cette discussion théorique, nous nous demanderons, en admettant même que cette loi pût être considérée comme interprétative, si le phonographe est bien réellement un instrument de musique mécanique non seulement au sens donné à ce mot par le législateur de 1866, mais dans son sens le plus général ; contre la jurisprudence, contre le sens commun peut-être, nous pensons que le phonographe n'est pas un instrument de musique mécanique, et c'est ce que nous nous efforcerons également de démontrer, si paradoxale que puisse paraître cette opinion, dans un des chapitres suivants.

A. — LE PHONOGRAMME EST-IL UNE ÉDITION ?

Les termes généraux de la loi de 1793 : sens du mot « ouvrage » ; sens du mot « édition ». — Le phonogramme est une édition au sens étroit du mot. — Livres à caractères généralement illisibles : méthode Braille, sténographie, etc. — L'écriture acoustique. — Lisibilité du phonogramme. — La théorie de la reproduction sonore.

Nous connaissons les termes exacts de cette loi de 1793 qui peut être considérée comme la loi fondamentale du droit d'auteur. Née en plein cœur de la Révolution, elle garde la forte empreinte des idées généreuses qui l'ont inspirée et, à la veille de sa promulgation, Lakanal annonçait son apparition en des termes peut-être un peu pompeux mais qui traduisaient exactement la pensée de ceux qui l'avaient conçue : « De
« toutes les propriétés, disait-il, la moins susceptible
« de contestation c'est sans contredit celle des produc-
« tions du génie ; et, si quelque chose doit étonner,
« c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assu-
« rer son exercice par une loi positive. Le génie a-t-il
« cherché dans le silence un ouvrage qui recule les
« bornes des connaissances humaines, des pirates lit-

« téraires s'en emparent aussitôt, l'auteur ne marche
« à l'immortalité qu'à travers les horreurs de la misère.
« Le comité propose des dispositions qui doivent for-
« mer la déclaration des droits du génie. »

Ces paroles majestueuses écrites au frontispice de la loi, attestaient son importance et montraient, d'une façon certaine, que le législateur avait voulu faire de la loi de 1793 *une loi de principe*, formulée dans les termes les plus généraux ; au surplus le titre même de cette loi : « Décret relatif au droit de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, de chant et des dessinateurs », l'indiquait suffisamment ; une loi du 1^{er} septembre 1793 venait d'ailleurs compléter cette énumération en disposant que la loi des 19-24 juillet 1793 s'appliquait également aux ouvrages dramatiques, aux compositions musicales, dramatiques, comme à tous les autres écrits.

La loi de 1793 protège donc sans réserve et sans exception l'œuvre littéraire ou artistique sous quelque forme qu'elle se présente. « Peu importe, disait M^r Pouillet, le mode de reproduction, peu importe le procédé, l'auteur est maître de sa création, elle lui appartient, seul il peut en tirer profit, seul il la peut reproduire. »

La jurisprudence a fait une très large application de ce principe. Qu'il s'agisse de la reproduction d'une statue du Lion de Belfort sur un presse-papier, d'une photographie, d'une sculpture ou d'un tableau, d'une reproduction de tapisserie sur un éventail, toujours les

tribunaux ont accueilli favorablement les réclamations des artistes.

Et cependant en reprenant les termes de la loi de 1793, nous sommes obligés de constater que cette loi réserve à l'auteur le droit exclusif de faire vendre, distribuer ses *ouvrages*, or, d'après la terminologie de l'époque, le mot « ouvrage » ne pouvait s'entendre que des ouvrages imprimés ; ceci est d'autant moins douteux que les articles 3 et 5 viennent confirmer cette interprétation en donnant aux officiers de paix mission de confisquer les *éditions imprimées ou gravées* sans la permission de leur auteur et que l'article 425 du Code pénal vise uniquement, nous l'avons vu, *l'édition imprimée ou gravée*.

Et ce sera là un des grands arguments des fabricants de phonographes qui, adversaires irréductibles des compositeurs de musique auxquels ils empruntent leurs œuvres, prétendront, en invoquant ces textes mêmes, soustraire leurs phonogrammes à l'application de la loi de 1793. En effet, vont-ils prétendre, la loi de 1793 comme l'article 435, visent spécialement *l'édition imprimée ou gravée*, or le phonogramme n'est pas une édition, encore moins est-il une édition imprimée ou gravée. Pour qu'il y ait édition, il faut que l'œuvre soit communiquée au public par un procédé permettant à celui-ci de la lire, de l'interpréter, de l'exécuter, or un phonogramme pris isolément, indépendamment de l'organe qui lui est nécessaire pour faire connaître l'œuvre

au public, n'a jamais présenté le caractère d'une édition ainsi définie. Nous espérons faire facilement justice de cet argument de forme.

Il faut d'abord remarquer qu'au-dessus des articles 3 et 5 de la loi de 1793, au-dessus de l'article 425 du Code pénal, domine le principe immuable qui est inscrit dans l'article 1^{er} de la loi de 1793, à savoir que quiconque vend, fait vendre, distribue sous quelque forme que ce soit des ouvrages dont il n'est pas propriétaire ou concessionnaire, porte atteinte au droit exclusif de l'auteur. Ce que la loi a voulu atteindre d'une façon générale, c'est la reproduction illicite d'une œuvre quelle qu'elle soit sans l'autorisation de son auteur. Ce qu'elle a voulu consacrer, c'est le *monopole d'exploitation commerciale* qui appartient à l'auteur, c'est le droit exclusif pour l'auteur d'exploiter « son œuvre, de la vendre et de la « distribuer sous toutes les formes et par tous les « moyens et procédés de reproduction » (1). Il suffit qu'un préjudice soit constaté, la condition d'une œuvre contrefaite n'est pas essentielle à l'existence du délit (2).

Il n'est pas douteux, en fait, que les articles 3 et 5 de la loi de 1793 soient *énonciatifs* lorsqu'ils parlent d'éditions imprimées ou gravées. Le principe général se trouve dans l'article 1^{er}, les autres articles de la loi, comme d'ailleurs l'article 425 du Code pénal, n'en sont que

1. Arrêt du 5 décembre 1895. Cour de Cas., Ch. cr. Dalloz, 97.1.205.

2. Cf. sur ce point, *Théorie du Code pénal*, de Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, année 1888.

l'application. Si la loi s'est servie du mot « édition », c'est que le but du législateur était de garantir les auteurs contre une contrefaçon désastreuse et qu'au moment où la loi fut promulguée, l'édition était le plus important sinon le seul facteur de la contrefaçon.

« Ce que la loi a entendu protéger, dit M^e Pouillet, « c'est le droit privatif de l'auteur ou du compositeur, « ce qu'elle a entendu réprimer, c'est l'atteinte portée à « ce droit privatif par quelque moyen que ce soit. Si le « législateur a indiqué les procédés ordinairement « employés par la contrefaçon il n'a pas entendu in- « nocenter les autres ; ceux qu'il a cités ne sont cités « qu'à titre d'exemple (1). »

Si on devait donner à ces articles une interprétation restrictive, comment aurait-on pu, par exemple, accorder aux ouvrages de sculpture une garantie légale, puisqu'ils sont généralement contrefaits au moyen du contre-moulage ou de la copie et que ces termes ne se trouvent pas énoncés dans l'article 425 du Code pénal ; il n'est pas douteux, et les fabricants de phonographes ne peuvent le contester, que les ouvrages de sculpture sont compris dans les dispositions de cet article 425 bien qu'il ne mentionne que les ouvrages imprimés ou gravés et cela est si vrai que l'article 427 du même code, après avoir prescrit la confiscation des éditions contrefaites, décide que « les planches, moules et ma-

1. Pouillet. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 557.

trices » des objets contrefaits seront aussi confisqués (1).

Et d'ailleurs le mot « édition » n'a peut-être pas le sens étroit qu'on lui prête ; étymologiquement il signifie produire, mettre dehors (2). Tout mode de production en public, toute extériorisation d'une œuvre peut donc être considérée comme une édition au sens étymologique du mot, et, puisque la loi de 1793 est une loi de principe, il faudra toujours, en cas de doute, et en vertu même des règles générales de droit, l'interpréter dans son sens le plus large, c'est-à-dire dans le sens le plus favorable au droit exclusif de l'auteur ; ainsi en s'en tenant aux seuls termes dont la loi de 1793 s'est servie, il ne semble pas *a priori* impossible de considérer le phonogramme comme une édition au sens large du mot puisqu'il est un *moyen de rendre public une composition musicale*.

Les tribunaux français ont d'ailleurs eu à se prononcer sur ce point lorsqu'en 1859 fut posée devant le tribunal de la Seine, à la demande des éditeurs de musique, la question de savoir si les planchettes du piano mécanique Debain pouvaient être considérées comme une contrefaçon des éditions musicales (3). Déjà dans son jugement en date du 25 mai 1859, confirmé

1. Cf. Cass., 21 juillet 1855, Dalloz, 1855.1.335, et sur les instruments de musique mécaniques, Cass., 13 février 1863, Dalloz, 1863.1.203.

2. Du latin *edere*, rendre public.

3. Pour la description du piano Debain, cf. plus loin p. 51 et 51.

par arrêt de la Cour de Paris du 16 décembre 1859, le tribunal reconnaissait « avec la jurisprudence et les « auteurs que les termes de la loi de 1793 ne sont « qu'énonciatifs, que, pris à la lettre, ils seraient con- « traire à la loi ; que le mot *édition* dans son sens éty- « mologique veut dire tout moyen de mettre au jour, « de reproduire, et que la mise au jour de ce qui re- « produit l'œuvre d'un compositeur est une atteinte « à son droit de propriété, en un mot est une contre- « façon (1) ».

Plus tard, la Cour de Cassation rendait dans la même affaire un arrêt, en date du 12 février 1863, dans lequel elle confirmait les motifs des premiers juges et décidait que la loi de 1793 et l'article 425 « ne s'appliquent « pas seulement aux éditions proprement dites qui se « produisent par l'impression ou la gravure mais qu'il « comprennent *tous les modes de publication et de mise* « *au jour* de l'œuvre qui constitue la propriété priva- « tive de son auteur ».

Cependant la question était loin d'être définitivement résolue ; plus spécialement en ce qui concerne le phonographe, le Tribunal de Commerce (1), revenant sur les décisions précitées, décidait, dans un jugement du 20 décembre 1903, que « le droit exclusif de vente attri- « bué aux auteurs par l'article 1^{er} ne s'applique qu'aux « exemplaires de l'édition qui constituent des ouvra-

1. Cf. *Gazette des Tribunaux*, 2 février 1906.

« ges, et qu'il faut pour constituer une édition que « l'exemplaire révèle par lui-même la pensée de l'auteur » (1). Disons tout de suite que la Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 21 juillet 1908, et qui offre sur la question le dernier état de la jurisprudence est revenue sur cette décision en décidant que les expressions de la loi de 1793 « simplement énonciatives, n'excluent nullement dans la pensée du législateur la contrefaçon résultant de l'offre au public « de reproductions obtenues par des procédés autres « que l'impression ou la gravure » (2).

Au reste, peut-on dire que le phonogramme considéré en lui-même ne constitue pas une édition au sens étroit du mot ? Suffit-il que les signes que le stylet imprime sur le disque soient illisibles ou tout au moins difficilement visibles pour justifier cette opinion ? C'est ce que nous ne pensons pas.

Les faits sur ce point nous fournissent des exemples en abondance. Mérimée, dans les travaux préparatoires de cette loi de 1866 à laquelle nous avons fait déjà allusion, démontrait avec succès qu'il pouvait y avoir édition illicite alors même qu'une reproduction serait incompréhensible. Il donnait l'exemple de la Société Biblique de Londres qui faisait imprimer en langue turque des petits traités propres à convertir les Musul-

1. Nous verrons plus loin des décisions plus récentes sur cette question.

2. *Gaz. du Palais*, 5, 6, 7 août 1908.

mans et qui, pour que ces livres ne soient pas poursuivis par la police se servait de lettres grecques au lieu de caractères turcs (1) : ces livres bien que n'étant pas compris de la douane turque n'en constituaient pas moins une contrefaçon de l'œuvre originale (2).

La méthode Braille qui consiste à éditer des livres avec des points en relief destinés à être lus par les aveugles au moyen du toucher, constitue également une contrefaçon et pourtant, quelques initiés seuls peuvent lire par le toucher de semblables éditions.

Il en est de même de l'écriture microscopique, des signes sténographiques, des éditions musicales destinées à ces instruments modernes appelés « cithares américaines », nous sommes toujours en présence d'éditions qui, bien qu'illisibles pour la plupart, sont cependant interdites par la loi ; il en est de même pour le phonogramme dont les sinuosités à peine perceptibles à l'œil n'ont à la lecture aucune signification apparente et qui n'acquiert de valeur auditive que lorsqu'il est incorporé au phonographe même.

1. *Mon. off.*, 8 juillet 1865, p. 103.

2. Je suppose, disait encore Mérimée, qu'on écrive un livre avec de l'encre sympathique, l'apparence du livre sera celle d'un cahier de papier blanc, voilà ce qui est encore bien plus illisible que ne le sont les tablettes... Mais si l'on vend en même temps un réactif qui fasse apparaître les caractères en noir la contrefaçon deviendra parfaitement marquée, la tablette est le papier blanc qui a son impression secrète et l'orgue est le réactif qui fait apparaître le caractère. *Mon. off.*, *loc. cit.*

Et d'ailleurs, il n'est pas exact de prétendre que les phonogrammes ne peuvent être déchiffrés : les sinuosités tracées sur la cire par la pointe du phonographe ont été l'objet d'études approfondies, et nous pouvons invoquer, relativement à la lecture de ces phonogrammes, des témoignages qui ne peuvent être récusés. M. Maréchal, professeur à l'Institut National des sourds-muets (1), et M. Rousselot, directeur du Laboratoire de phonétique expérimentale au Collège de France, affirment qu'au microscope la lecture d'un disque est facile pour eux ; ils expliquent que les rouleaux ou disques phonographiques sont en quelque sorte des appareils qui non seulement emmagasinent le son, mais le reproduisent sous une forme que l'œil lui-même peut déchiffrer. Le gaufrage produit par les vibrations de la plaque est une *écriture acoustique* qui a sa notation particulière, d'autant plus parfaite qu'elle est naturelle : elle reproduit exactement la parole ou la musique avec des variantes de timbre, d'intensité et de hauteur.

Conformément à cette opinion, la Cour de Paris, sur appel d'un jugement du Tribunal de la Seine du 6 mars 1903, décidait, dans un arrêt en date du 1^{er} février 1905, (2) que « les disques ou cylindres sont impressionnés par » un style sous lequel ils passent, qu'ils reçoivent une « notation graphique des paroles prononcées, que la

1. Cf. *La parole d'après le tracé du phonographe*, chez Delagrave, 1897.

2. *Le Droit*, 5 mars 1905.

« pensée de l'auteur interprété y est comme matérialisée en de multiples sillons, puis reproduite par milliers d'exemplaires de chaque disque de cylindre et répandue au dehors avec une écriture spéciale, sans doute, mais peut-être lisible demain pour les yeux et dès aujourd'hui mise à la portée de tous par les sons ; que grâce à cette répétition des paroles empreintes, l'intelligence de l'auditeur est pénétrée de l'œuvre littéraire par l'ouïe comme elle l'eût été avec un livre par la vue ou avec la méthode Braille par le toucher ; que dès lors, c'est un mode d'édition perfectionnée par l'exécution et que les règles de la contrefaçon lui sont applicables ; qu'on forme par la réunion des disques impressionnés une véritable bibliothèque... et qu'en débitant à des acheteurs les exemplaires de cette bibliothèque sur le territoire de la République et dans le monde entier, ces commerçants distribuent les ouvrages d'autrui sans le consentement du propriétaire et sans être cessionnaires de ses droits (1). »

Telle est donc, sur l'interprétation de la loi de 1793, l'opinion de la jurisprudence la plus récente, elle paraît être définitive, et, si nous avons insisté un peu longuement sur la portée exacte de cette loi, c'est que les tribunaux français n'avaient pas toujours adopté cette manière de voir.

1. Un pourvoi en Cassation avait été introduit sur cet arrêt. La Cour de Cassation a par arrêt en date du 21 juillet 1908, rejeté ce pourvoi.

D'ailleurs les fabricants eux-mêmes, sentant tout ce que leurs arguments avaient de fragile, édifièrent, pour défendre leur cause compromise, la théorie de la *reproduction sonore* dont nous allons dire quelques mots.

Cette théorie est, à la vérité, très ingénieuse et repose sur une confusion voulue que nous pensons pouvoir dissiper facilement.

L'article 3 de la loi de 1791 décide, nous l'avons vu, que « les ouvrages des auteurs vivants ne pourront « être représentés sur aucun théâtre public, sans le « consentement formel et par écrit des auteurs » : puisque seul le spectacle public est interdit, disaient les adversaires des auteurs, *a contrario*, toutes les autres représentations restent permises. Quant à la loi de 1793, elle ne s'est pas préoccupée de la reproduction sonore puisque la loi de 1791 l'avait fait ; la propriété de l'auteur ne lui donne que le droit d'éditer, vendre, faire vendre, et de représenter publiquement son œuvre ; la reproduction sonore d'une œuvre est donc licite à condition qu'elle ne soit pas commercialement exploitée par la représentation publique.

Or il est facile de voir que cette théorie repose sur une confusion : « Sans doute, dit M^e Poincaré, étant « donné un morceau de musique ou une pièce de théâtre, je puis me mettre dans un salon, devant un piano « ou sur une estrade et jouer le morceau ou représen- « ter la pièce sans rien devoir à personne si je n'ap- « pelle pas pour m'entendre un véritable public ; mais

« la question n'est pas là. Mettez, si vous voulez, que
 « la reproduction sonore est permise, cela ne veut pas
 « dire que l'édition sonore le soit. J'ai une flûte, j'ai
 « un tambour, j'ai une harpe, libre à moi d'y faire
 « toutes les reproductions sonores qu'il me plait ;
 « je ne devrai compte de mes fantaisies qu'à mes
 « voisins ; mais je connais, moi, un appareil qui, en
 « mon absence, loin de moi, va permettre, non plus
 « une reproduction sonore par la voix humaine ou par
 « la main humaine sur des touches ou sur des cordes,
 « mais une série illimitée de reproductions sonores,
 « c'est-à-dire une véritable édition sonore et puis cet
 « appareil, cette édition sonore, je vais la mettre en
 « vente, la tirer à d'innombrables exemplaires, je vais
 « en tirer un profit commercial, et vous direz encore
 « que c'est une reproduction sonore licite et apparte-
 « nant à tout le monde (1) ! »

Nous invoquons à nouveau les termes généraux de la loi de 1793 pour réserver à l'auteur seul le bénéfice exclusif de l'exploitation de son œuvre, et pour déclarer avec la jurisprudence que « tout bénéfice commercial retiré sans le consentement de l'auteur, d'une adaptation de son œuvre ou d'une reproduction cons- titue une atteinte à ses droits (2) ».

1. Plaidoirie de M^e Poincaré : procès Enoch contre la Compagnie des Gramophones.

2. Cf. Cassation, 15 janvier 1887, Dalloz P. 1867.1.69, et Cassation, 28 janvier 1888, D. P. 1888.1.400.

On peut déclamer, réciter ou chanter chez soi tout ce qu'on veut, on peut même imprimer un chant ou une déclamation pourvu toutefois que cette impression ne serve qu'à un usage personnel, et ne soit pas objet de commerce (1).

On peut chanter un air de musique appris par cœur devant un appareil phonographique, mais ce qu'on ne peut pas faire c'est reproduire le cylindre obtenu à des millions d'exemplaires qui sont distribués ou vendus au public.

« Je puis faire du phonographe comme du cornet à piston, dit encore M^e Poincaré, pour ma distraction personnelle, mais si après avoir impressionné le cylindre, je couvre l'empreinte d'une légère couche de plombagine pour aider à la conductibilité, si je plonge dans un sulfate de cuivre, si je fais passer un courant électrique, si j'ai recours en un mot à la galvanoplastie pour reproduire dix, cent, mille exemplaires de mon cylindre, est-ce la reproduction sonore pour laquelle j'ai toute franchise, et vais-je pouvoir vendre indéfiniment cette collection de cylindres sous prétexte que lorsque le premier a été impressionné ou imprimé je n'avais eu qu'à me placer moi-même devant le phonographe (2) ? »

Pratiquement une telle théorie paraît inadmissible ;

1. Cf. Arrêt de la Cour d'Angers, 3 juin 1878, D. P. 79.2.54, et Cour de Besançon, arrêt du 6 juillet 1892, D. P. 92.2.579.

2. M^e Poincaré, *loc. cit.*

en droit, elle repose sur une équivoque adroitement voulue par les adversaires des auteurs qui ont essayé, nous l'avons vu, par une interprétation étroite des textes de 1791 et 1793, d'enlever toute protection aux auteurs dont les œuvres étaient reproduites sur les phonogrammes.

Cette théorie de la liberté de la reproduction sonore, toute fragile qu'elle nous paraisse, a cependant été consacrée quelquefois par nos tribunaux ; elle était notamment adoptée le 6 mars 1903 par les juges du Tribunal civil de la Seine qui décidaient « que la reproduction sonore de l'œuvre musicale par le chant, aussi
« bien que par les instruments mécaniques est licite
« pour tous, à condition qu'elle ne soit pas commercialement exploitée par la représentation publique ;
« que l'enregistrement des airs isolés ou accompagnés
« de paroles sur les cylindres ou disques phonographiques n'est pas autre chose que la reproduction
« sonore de l'œuvre de l'auteur... qu'il n'y a pas lieu
« enfin de distinguer, suivant que l'enregistrement
« s'applique à des airs ou à des paroles ; que la reproduction sonore dans un cas comme dans l'autre
« n'appartient qu'à l'artiste exécutant, auquel elle emprunte sa voix, qui lui est propre, son accent et
« pour ainsi dire sa personnalité (1) ».

1. Cf. dans le même sens Jug. Trib. de Commerce du 20 décembre 1905. *Gazette des Tribunaux* du 2 février 1906.

Cette théorie n'eut heureusement qu'une courte vogue. L'arrêt de la Cour de Paris et plus tard l'arrêt de la Cour de Cassation (1), réformant la décision des premiers juges, ont, sur ce point, du moins, donné gain de cause aux auteurs en condamnant définitivement la thèse de la liberté de la reproduction sonore sur laquelle les industriels avaient fondé, à défaut d'arguments meilleurs, toutes leurs espérances.

En résumé les lois de 1791 et 1793 constituent bien, comme nous le disions au début de ce chapitre, la charte des droits d'auteur ; la loi de 1793 notamment donne à l'auteur, sans réserve aucune, tous les droits sur l'exploitation commerciale de son œuvre, quelle qu'en soit la forme et, par les termes généraux dont elle s'est servie, on peut prétendre sans hésitation que le phonogramme tombe sous son application parce qu'il est une édition au sens étymologique et général du mot édition au même titre qu'un livre puisqu'elle est susceptible d'être lue et qu'elle peut être, comme le livre, l'objet d'une exploitation commerciale.

1. Journal *Le Droit*, 1^{er} mai 1903, et journal *Le Droit*, 5 mars 1895.

B. — LA LOI DU 16 MAI 1866 EST-ELLE INTERPRÉTATIVE OU RESTRICTIVE ?

Les instruments de musique mécaniques contemporains de la loi :
orgues, boîtes à musique, serinettes. — Le pianista Debain, les
pianos mécaniques. — La jurisprudence française à la veille de la
loi de 1866. — Discussions du projet de loi. — La loi de 1866 est
une loi de circonstance. — L'attitude de la Suisse.

Nous pensons avoir dissipé dans le chapitre précédent les doutes qui ont pu naître à l'occasion du phonographe sur l'interprétation des lois de 1791 et 1793.

Une autre loi, celle du 16 mai 1866, qui, nous l'avons vu, réservait aux instruments de musique mécaniques un régime de faveur, allait être à nouveau l'objet des discussions les plus vives entre auteurs et fabricants.

Les instruments de musique mécaniques ont une origine fort ancienne ; l'orgue de Barbarie qui paraît être le plus ancien, ne compte plus son âge ; point n'est besoin de le décrire, tout le monde connaît cet instrument évocateur du temps passé, qu'on rencontre encore de temps en temps au coin des rues pleurant sa misère en des notes plaintives et acidulées. Tout le

monde connaît également la serinette et la boîte à musique qui, d'origines fort anciennes, sont aussi parvenues jusqu'à nous.

Ce sont ces instruments déjà très ingénieux qui allaient être les ancêtres de cette merveilleuse invention qu'est le piano mécanique.

En 1859, en effet, M. Debain inventait son fameux pianista, qui provoqua les décisions judiciaires très importantes, dont nous avons déjà parlé.

« A l'ancien cylindre, muni de pointes ou chevilles
« diverses, disposées de manière telle, que, lorsque le
« cylindre tourne, elles donnent impulsion à des orga-
« nes qui font vibrer, dans un ordre déterminé, des
« corps sonores de tons différents, l'inventeur Debain
« avait heureusement substitué une sorte de planchette
« piquée, se déroulant d'après un mouvement rectili-
« gne et qui, par conséquent, pouvait reproduire plus
« longuement et plus complètement des œuvres musi-
« cales d'une certaine importance (1). »

Cette planchette, adaptée au piano devint, le « pianista Debain » qui eut à son apparition un très vif succès.

Cependant des perfectionnements devaient être encore apportés à cet appareil : à la planchette mobile, au cylindre à pointes saillantes, aux rouleaux et aux disques interchangeables, on avait substitué la bande de

1. L'exploitation des œuvres musicales par les instruments de musique mécaniques et le droit de l'auteur, p. 78 et suivantes, Thèse de M. Georges Ibriglia, 1907.

papier perforé. « Les lames, les marteaux, les soupapes du nouvel appareil sont commandés par des tiges arrêtées au moyen d'un disque ou d'une bande en métal ou en carton. Tant que la tige rencontre cet obstacle, les lames et les marteaux demeurent immobiles ou les soupapes restent fermées ; l'instrument ne rend aucun son. Mais si le disque ou la bande présente une perforation livrant passage à la tige, celle-ci se soulève, le mécanisme entre en jeu et l'instrument produit un son. Il suffit donc de disposer les perforations d'une manière appropriée pour jouer un air quelconque (1). »

Enfin, dernier perfectionnement, on a trouvé récemment un appareil qui s'adaptant à tous les pianos permet de leur faire jouer mécaniquement tous les morceaux de musique transcrits sur cartons perforés.

Nous connaissons les termes de la loi de 1866 (2) : nous avons dit que cette loi mettait sous sa protection tous les instruments de musique mécaniques et nous avons donné de ces instruments une brève énumération ; c'est à dessein que nous n'avons point fait figurer le phonographe dans cette nomenclature, quelque analogie qu'il présente avec le piano mécanique ; cependant, vu les termes généraux de la loi de 1866, il ne nous paraît pas possible de l'exclure *a priori* de sa protection (2) : le phonographe est-il ou n'est-il pas un instrument de

1. Thèse de M. Georges Sbriglia, année 1907, *loc. cit.*

2. Texte de la loi de 1866. Cf. *supra*, p. 32.

musique mécanique ? Nous essaierons de répondre à cette question dans le chapitre suivant.

Car il importe auparavant de chercher la solution d'une question plus générale, que la loi de 1866 a posée et qui domine pour ainsi dire cette étude théorique : celle de savoir si cette loi de 1866 qui soustrayait à l'application de la loi de 1793 un certain nombre d'instruments devait être considérée comme restrictive ou interprétative.

Dire que cette loi est interprétative, c'est consacrer la liberté absolue de reproduire les œuvres musicales par le phonographe : c'est en effet, considérer que la loi de 1865 a rétabli, en interprétant la loi de 1793, le véritable sens de cette loi défigurée par la jurisprudence ; qu'elle a rendu au domaine public tous les modes autres que l'édition par lequel le public et les particuliers peuvent jouir de l'œuvre divulguée et en tirer partie librement ; c'est admettre que la disposition relative aux instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique, loin d'être une exception, ne sera que l'application des principes posés en matière de droit garanti aux auteurs et qu'elle devra s'appliquer à tous.

Si on estime, au contraire, que la loi de 1866 est restrictive, on reconnaîtra que cette loi constitue, en elle-même, une dérogation à la plénitude du droit de propriété des auteurs, puisqu'elle autorise en dehors de leur consentement un mode spécial de notation, c'est-

à-dire la reproduction de leur œuvre par les instruments de musique mécaniques; cette loi ayant alors un caractère d'exception, il faudra ne l'appliquer restrictivement, qu'aux seuls cas prévus par elle; en conséquence elle ne s'appliquera qu'aux instruments de musique mécaniques contemporains de la loi et laissera ainsi sous le régime du droit commun de la loi de 1793 les cartons perforés qui sont nés bien après elle et *a fortiori* les phonogrammes. Contre les décisions de la jurisprudence les plus récentes nous essaierons de soutenir cette dernière opinion.

Nous invoquerons d'abord ce principe de droit pénal qui veut, pour qu'une loi soit interprétative, qu'elle ait été rendue à la suite d'une divergence de la jurisprudence; nous allons donc retracer très brièvement l'état de la jurisprudence à la veille de la loi du 16 mai 1866.

Le tribunal de la Seine, par jugement en date des 25 mai et 11 juin 1869, et la Cour de Paris, par un arrêt du 16 décembre 1859, avaient décidé que la reproduction d'un air de musique par des instruments de musique mécaniques constituait une contrefaçon; ces jugements avaient été rendus contre Debain, cet inventeur de « pianista », dont nous avons parlé plus haut. Debain s'inclina devant ces décisions et, s'adressant à un certain nombre d'auteurs ou d'éditeurs, acquit d'eux, moyennant le prix de 60.000 francs, le droit exclusif de reproduire leurs œuvres sur son piano; il

apprit que d'autres fabricants, notamment ceux de Sainte-Suzanne dans le Doubs, lui faisaient concurrence en reproduisant, sur des boîtes à musique ou des orgues de Barbarie, des airs dont il avait acheté le droit exclusif de reproduction. Debain demanda au tribunal de ne pas avoir sur la même question deux poids et deux mesures et sur sa plainte le Tribunal de la Seine condamna les fabricants de boîtes à musique, par un jugement du 30 mai 1861 confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 28 novembre 1861. Cependant la Cour d'appel, se bornant à adopter les motifs des premiers juges, omit de statuer sur l'exception de bonne foi invoquée par les appelants. Cette omission entraîna la cassation de l'arrêt et par décision du 1^{er} mai 1862 la Cour suprême renvoya les parties devant la Cour de Rouen.

La Cour de Rouen (1) décida en interprétant strictement l'article 425 du Code pénal que, puisqu'il n'y avait pas édition imprimée ou gravée, il ne pouvait y avoir de délit punissable aux termes de cet article.

Cette décision déférée à la Cour de Cassation fut cassée le 13 février 1863 (2) par la Chambre criminelle.

L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Orléans (3)

1. D. P. 63.2.95.

2. Crim., 13 février 1863, D. P. 63.1.202.

3. Arrêt du 22 avril 1863, D. P. 63.2.88.

qui rendit un arrêt conforme à la doctrine du Tribunal de la Seine, de la Cour de Paris et de la Cour de Cassation.

On voit, par ce rapide aperçu, que la jurisprudence était définitivement fixée dans un sens favorable aux auteurs puisque, seul entre toutes ces décisions, l'arrêt de la Cour de Rouen interprétait restrictivement la loi de 1793 et l'article 425 du Code pénal.

Après l'arrêt de la Cour de Cassation, aucun, doute n'était plus permis sur la portée de la loi de 1793, puisque la jurisprudence avait souverainement décidé.

Nous verrons plus loin sous quelles influences la loi de 1866 a été rendue ; mais, dès à présent, nous pouvons constater que le but de la loi de 1866 n'a pu être d'interpréter la loi de 1793 puisque au moment de sa promulgation aucune controverse n'était possible sur ce point.

Le Parlement peut, nous le reconnaissons, interpréter des lois par voie législative (1), mais les lois de cette nature sont très rares et en tous cas il faut qu'il n'y ait à ce sujet aucun doute sur les intentions du législateur (2) ; or, il ne ressort aucunement du texte de 1866

1. V. Jur. gén., v° *Lois*, n° 467, *Suppl. eod. verbo*, n° 433.

2. Cf. Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français*, 5^e édition, t. I, § 32, p. 102 ; *Nouv. C.C. annoté*, art. 2, n° 2 et suiv. sous Civ., 11 janvier 1905, D. P. 1905.1.163, et note de M. Sarrut sous Cass., 11 décembre 1901, D. P. 1902.1.353.

qu'il y ait eu volonté du législateur d'interpréter la loi de 1793.

On trouve, il est vrai, dans la discussion de la loi, que M. d'Andelarre, rapporteur de la loi au Corps législatif (1), la considérait comme interprétative et cette opinion a été quelquefois rapportée au cours de discussions très vives auxquelles le projet de loi a donné lieu (2) ; mais on ne saurait conclure de cette affirmation personnelle à la volonté du législateur : toutes les opinions ont été soutenues dans la discussion de la loi, elles n'ont qu'une valeur historique, et il ne faut s'en servir qu'avec une extrême réserve (3).

En droit, il ne nous paraît donc pas qu'on puisse valablement soutenir que la loi de 1866 soit une loi interprétative ; en fait, il nous reste à rechercher pour quels motifs fut votée la loi de 1866 ; à l'appui de la thèse de la restrictivité, nous pensons démontrer facilement que la loi de 1866 fut une loi de circonstance et, par conséquent, une loi d'exception.

Déjà en 1863, le Gouvernement français, qui appuyait sa politique économique sur des principes nouveaux,

1. Cf. *Moniteur officiel*, 5 juillet 1865.

2. Cf. notamment, *Moniteur officiel*, 8 mai 1866.

3. Marie disait dans la séance du 4 juillet 1865 : « L'interprétation de la loi n'est pas en réalité la prétention du projet de loi. M. Chaix d'Estange dans la séance du 8 mai 1866 disait : « Le Gouvernement n'a pas partagé l'opinion de la Cour de cassation, il a cru qu'il présentait des inconvénients... il a donc présenté un projet de loi. »

désirait conclure avec la plupart des pays d'Europe (1) des traités de commerce importants ; les négociations avec la Suisse notamment aboutirent à une convention franco-suisse, signée le 30 juin 1864, et qui contenait dans un protocole final l'engagement pour le « Gouvernement français de présenter au Corps législatif, dans sa prochaine session, un projet de loi qui déclarerait que la reproduction de compositions musicales par le mécanisme des boîtes à musique ou d'autres instruments analogues ne constituerait pas la contrefaçon (2) ».

Cette question des instruments de musique mécaniques préoccupait particulièrement la Suisse qui, à cette époque, était le seul pays fabriquant les orgues de Barbarie et les boîtes à musique ; devant l'attitude définitivement hostile de la jurisprudence française, la Suisse craignant de voir se fermer pour elle un de ses débouchés les plus importants si ses instruments continuaient à être grevés en France des droits d'auteur, nous demanda une loi d'exemption pour ces instruments.

Encore que cette influence de la Suisse ait été tantôt niée, tantôt affirmée dans la discussion du projet de loi (3), il n'en reste pas moins certain, et tous les auteurs semblent à peu près d'accord aujourd'hui sur

1. La France entraînait notamment en pourparlers avec la Suisse, l'Angleterre, la Belgique, l'Italie et quelques petits États d'Allemagne.*

2. Convention franco-suisse du 30 juin 1864 (*Mon. off.* 12 juin 1865).

3. Cf. *Moniteur officiel* du 4 juillet 1865.

ce point, que c'est pour faire droit à la demande de la Suisse que la loi de 1866 fut votée (1).

En résumé, la jurisprudence, l'histoire et les faits semblent prouver de façon certaine que la loi de 1866 est une loi « comme les lois ordinaires » (2) ; rien ne peut faire supposer qu'elle ait eu, dans l'esprit du législateur, un sens interprétatif ; bien au contraire, sa genèse démontre qu'elle est une loi de circonstance, c'est-à-dire, une loi d'exception et qu'elle doit en conséquence être interprétée dans son sens le plus restrictif.

Avant que la question des cartons perforés et des cylindres phonographiques se fût posée devant les tribunaux, la jurisprudence avait eu l'occasion plusieurs fois de se prononcer sur la nature de cette loi et de conclure à son caractère d'exception et à son application restrictive (3).

Puisque la loi était exceptionnelle, ne fallait-il pas en tirer cette conséquence qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'aux instruments de musique mécaniques contemporains de la loi, à ceux seuls dont on avait parlé

1. Il faut en outre remarquer que si la loi protège par surcroît les intérêts des fabricants français, ce n'est point en tous cas sur leur initiative que la loi de 1866 fut votée.

2. Fin de l'exposé des motifs de M. le conseiller Lestiboudois. *Moniteur officiel* du 12 juin 1865.

3. Cf. notamment, Trib. de la Seine, 24 novembre 1867 (Pataille, 1878.413), et Cass. Ch. cr., 21 juillet 1881 (D. P. 1881.1.391), note.

dans les discussions de la loi? Cette thèse fut soutenue et développée avec beaucoup d'énergie devant les tribunaux à l'occasion des cartons perforés (1), elle ne fut admise ni par le Tribunal ni par la Cour qui décidait, dans son arrêt du 9 janvier 1893, que les cartons perforés « devaient être considérés non comme une contrefaçon musicale, suivant les termes de la jurisprudence, mais simplement, suivant les termes de la loi du 16 mai 1866, comme une mécanique de reproduction ».

Il faut reconnaître que les faits eux-mêmes venaient à l'encontre de la thèse des auteurs. Bien avant la loi de 1866 en effet, le piano mécanique avait fait son apparition; les cartons perforés eux-mêmes étaient depuis longtemps connus (2). Jubinal affirmait leur existence au Corps législatif en ces termes : « Je dis que « vous ne savez pas où vous allez, car, pendant que « nous discutons ici, l'industrie marche toujours et « minute à minute le progrès est constant. Ainsi je « sais d'une manière pertinente, qu'à Marseille, un

1. Le procès avait été engagé devant le Tribunal de la Seine par MM. Marquet et autres, éditeurs de musique, contre M. Thibouville, fabricant de cartons perforés. MM. Pouillet et Allard développèrent brillamment à la barre les conclusions des demandeurs, elles furent cependant repoussées par jugement du 2 août 1893, confirmé par arrêt de la Cour de Paris en date du 9 janvier 1895, S. 97.2.309.

2. Les cartons perforés avaient fait l'objet en France de brevets, notamment celui de Seytre en 1845 et celui de Thomasson en 1864.

« industriel est parvenu à constituer une planchette
 « en papier ou du moins en carton. Tous ceux qui ne
 « savent pas la musique pourront s'en procurer et les
 « adapter au piano mécanique » ; et le député Pinart dans cette même discussion faisait preuve d'un esprit quelque peu divinatoire lorsqu'il disait : « Qui aurait pu dire il y a dix ans qu'on aurait pu parvenir au degré de perfection que présente le piano Debain. Qui peut dire si dans dix ans nous n'aurons pas des instruments beaucoup plus perfectionnés encore ? »

« Donc si par la loi qui nous est présentée aujourd'hui, nous portons une atteinte à la propriété intellectuelle, quel moyen prendrez-vous si vous venez plus tard à reconnaître que des instruments beaucoup plus parfaits portent réellement atteinte à la propriété intellectuelle ? »

« Vous en serez réduits à de stériles regrets car une fois que la barrière qui protège la propriété intellectuelle aura été renversée, il ne vous sera plus possible de la relever (1). »

Les auteurs étaient donc, en fait, mal fondés à prétendre que les cartons perforés ne pouvaient se réclamer de la protection de la loi de 1866 comme n'ayant pas été prévus par elle et on ne saurait faire grief aux juges de leurs décisions sur ce point.

Cependant, quelques années plus tard, la question

1. Cf. *Moniteur officiel*, 4 juillet 1865, p. 975.

soumise à nouveau au Tribunal civil de la Seine, fut résolue différemment par lui dans un jugement en date du 3 décembre 1900 passé en force de chose jugée. L'espèce qui lui était soumise n'était pas, il est vrai, absolument semblable ; ce dernier débat en effet, s'était engagé entre un auteur de compositions musicales notées directement sur des cartons perforés et un fabricant d'instruments mécaniques qui avait reproduit ces airs par le même procédé et sans son autorisation.

Dans cette espèce particulière le Tribunal décidait que « la loi de 1866, étant une loi d'exception, devait
« être interprétée strictement et que cette loi, n'ayant
« voulu restreindre que les droits des compositeurs dont
« les productions sont mises au jour par le procédé
« normal d'écriture accessible à tous les lecteurs versés
« dans l'art musical, ne pouvait s'appliquer aux com-
« positeurs qui recourent exclusivement aux cartons
« perforés comme moyen de divulgation de leurs
« œuvres au public ; que l'interprétation contraire
« aboutirait à une spoliation absolument complète que
« le législateur de 1866 n'avait pu avoir la pensée de
« permettre. Qu'en conséquence, les compositions mu-
« sicales notées sur des cartons perforés pour leur exé-
« cution sur des organes mécaniques étaient protégées
« par la loi de 1793 et l'article 425 du Code pénal con-
« tre la reproduction, au moyen du même procédé de
« notation, en vue d'une exécution sur des instruments
« tout semblables. »

Il faut reconnaître que l'argument est un peu spécieux : nous avons tenu néanmoins à reproduire les motifs de cette décision isolée : elle sera la première réaction de la jurisprudence contre la loi de 1866, le premier effort tenté par les tribunaux pour faire de cette loi une application peut-être plus conforme à son esprit, plus conforme aussi à l'équité.

Quelles qu'aient été les décisions adoptées par nos tribunaux au sujet des cartons perforés, une nouvelle question se posait : qu'allait-on décider en effet pour les phonographes ? Nous avons admis que la loi de 1866 s'appliquait à tous les instruments de musique mécaniques même les plus perfectionnés ; nous nous proposons dans le chapitre suivant de rechercher si le phonographe correspond bien en réalité à la lettre et à l'esprit de cette désignation légale.

C. — LE PHONOGRAPHE EST-IL UN INSTRUMENT DE MUSIQUE MÉCANIQUE ?

Ce qu'est un instrument de musique. — Le phonographe ne peut rendre un son qui lui soit propre : c'est un appareil enregistreur. — La jurisprudence française. — Jugement du tribunal civil de la Seine du 6 mars 1903. — Arrêt infirmatif du 1^{er} février 1905. — Arrêt de la Cour de Cassation du 21 juillet 1906. — L'orientation de notre jurisprudence.

Si généraux que soient les termes qu'on relève dans la discussion de la loi de 1866, il reste hors de doute que le phonographe ne pouvait, en fait, entrer dans les prévisions du législateur. Ce nouvel appareil, inventé spontanément, nous l'avons dit, onze ans après la loi, n'avait apparemment, pour le rattacher aux instruments de musique mécaniques, que les termes mêmes dont la loi s'était servie.

Lorsqu'en 1900 les fabricants de phonographes présentèrent leurs instruments à l'Exposition universelle de Paris, M. Picard, qui en était le commissaire général, refusa de les admettre dans la classe des instruments de musique ; et de fait, on lui présentait un appareil singulièrement différent de ceux qu'il avait vus

jusqu'alors : ce sont ces différences que nous allons préciser.

Les instruments de musique sont, leur nom l'indique, des appareils destinés à produire des sons musicaux, que ceux-ci soient produits tantôt, comme pour le violon, par l'archet frottant sur des cordes, tantôt, comme pour le piano, par le choc, sur des cordes également, de petits marteaux qui correspondent à la touche d'un clavier, tantôt enfin, comme les orgues, en faisant vibrer des tuyaux sonores au moyen d'une soufflerie.

La caractéristique de l'instrument de musique est qu'il émet des sons lui-même et avec *son propre timbre* ; piano, orgue ou flûte, on reconnaîtra par le son et par le timbre de quel instrument émane un air de musique.

Nous avons vu ce qu'étaient les instruments de musique mécaniques (1), de l'orgue de Barbarie au piano mécanique : ils se composent tantôt de plaques métalliques, tantôt de cordes vibrantes de diverses longueurs.

Chaque lamelle, chaque corde produit une note particulière et ne produit que cette note.

Or, si on se reporte au phonographe, on n'y trouve rien de pareil ; on constate bien au contraire deux différences essentielles que M^e Poincaré signalait à la Cour de Paris en des termes très nets. « Dans le phonogra-
« phe, disait-il, nous ne voyons ni lamelles, ni cordes,

1. V. *supra*, p. 51 et suiv.

« ni peigne, ni tuyau, ni languette, ni aucun engin
« d'aucune sorte qui ait pour fonction de faire produire
« les diverses notes d'une gamme. D'autre part, le
« cylindre ou la plaque ne va plus porter de pointes
« ou recevoir de trous artificiellement disposés pour
« mettre en mouvement un mécanisme sonore. Le pho-
« nographe repose sur un tout autre principe, on y
« chercherait vainement une combinaison, on y cher-
« cherait vainement un ensemble de corps agencés de
« manière à donner la gamme; le son qu'on va lui
« demander de produire ce n'est pas le sien, c'est celui
« qu'on lui aura confié; il n'est pas outillé pour pro-
« duire certains sons d'après certaines lois d'harmonie,
« il est simplement apte à nous recommuniquer, à nous
« restituer les sons qu'il a reçus (1). »

L'instrument de musique mécanique est un instru-
ment de musique dans lequel l'artiste est remplacé par
un mécanisme. Si on retire du piano mécanique le
carton perforé et le mécanisme qui s'y adapte, il reste
le piano; si de l'orgue de Barbarie on retire l'appareil
soufflant ou tournant, il reste le jeu des flûtes ou des
lamelles. Si du phonographe on retire le cylindre ou
le disque il n'y a plus rien qu'une membrane métalli-
que, sans aucune propriété musicale.

Incapable de rendre par lui-même un son, le pho-

1. M^e Poincaré. Plaidoirie Enoch et autres contre Société des Gra-
mophones.

nographe n'a même pas un timbre qui lui soit propre, à moins qu'on ne prenne pour timbre ce son nasillard qui n'a rien de musical et que les fabricants se sont efforcés, avec succès d'ailleurs, d'atténuer et même de supprimer presque complètement.

Si le titre de la loi de 1866 révèle que, d'une façon générale, elle s'applique aux instruments de musique mécaniques, il faut bien reconnaître que la loi elle-même est conçue en des termes encore plus généraux puisqu'elle protège les « instruments destinés à reproduire mécaniquement des airs de musique (1) » : aussi large que puisse paraître cette désignation, nous ne pensons pas cependant qu'elle puisse s'appliquer au phonographe.

Le phonographe, en effet, ne *reproduit* pas des airs de musique, ce « plagiaire de naissance (2) » est pour ainsi dire un instrument de musique au second degré : il ne peut que répéter des airs joués d'abord par un instrument de musique (3), il n'a par lui-même aucune personnalité musicale (4).

1. V. texte de la loi, *supra*.

2. M^e Poincaré. Plaidoirie.

3. Ce que nous disons pour les instruments de musique ordinaires doit s'entendre également de l'appareil vocal qui est un instrument musical basé sur les mêmes principes que les autres.

4. Nous verrons plus loin que la Cour de Cassation a consacré cette opinion en décidant que les reproductions littéraires ou, littéraires et musicales, ne tombaient pas sous l'application de la loi.

Il est curieux de noter à ce sujet la phrase suivante qui se trouve ne

D'ailleurs il est si vrai que le législateur ne pouvait prévoir le phonographe et ne s'adressait qu'aux seuls instruments de musique mécaniques dont il avait connaissance, qu'il parle seulement des instruments reproduisant des airs de musique. Or le phonographe ne reproduit pas que des airs de musique, il reproduit la voix humaine et en général tous les sons, tous les bruits; il est, en un mot, un appareil enregistreur comme le téléphone qui reproduit tous les sons, comme le « Théatrophone », qui présente avec le phonographe, une analogie certaine et qui, bien que reproduisant comme lui les airs de musique, ne saurait être cependant compris dans la catégorie des instruments de musique mécaniques.

Si logiques que puissent paraître sur ce point, en fait comme en droit, les arguments des auteurs, la Cour de Paris puis la Cour de Cassation dans les arrêts des 1^{er} février 1903 et 21 juillet 1908, tout en reconnaissant que, « limitative des droits de la loi de 1793, la loi de 1866 ne saurait être étendue » et « qu'elle est une limitation apportée au privilège de l'auteur » ne crurent pas devoir aller jusqu'au bout de leurs déductions et décidèrent souverainement que les phonographes, lorsqu'ils reproduisent de la musique sans paroles, sont des instruments de musique mécaniques et tom-

exergue du catalogue des disques Gramophone de 1909: « La musique du Gramophone *n'est pas une musique mécanique*, mais bien une chose vivante, « une résurrection, une continuité. »

bent comme tels, sous l'application de la loi de 1866.

Ces décisions avaient été adoptées à la suite d'un jugement rendu le 6 mars 1903 par la première chambre du tribunal, à la requête de quelques auteurs et éditeurs contre la Société des phonographes Pathé frères et la Société des gramophones ; la question était entière : tous les problèmes que nous avons soulevés se posaient en même temps au tribunal : dans un jugement très long et très motivé il décidait que les phonographes pris isolément ne présentaient aucun des caractères *de l'édition* mais que s'ils ne pouvaient à eux seuls livrer au public la connaissance de l'œuvre de l'auteur, ils fournissaient cependant un moyen de l'atteindre si on les adaptait à l'instrument auquel ils étaient destinés.

Sur le caractère de la loi de 1866, le tribunal commentant la jurisprudence antérieure et les travaux préparatoires décidait néanmoins que la loi de 1866 devait être comprise et appliquée selon « la méthode de large interprétation ». Enfin, adoptant la théorie de la reproduction sonore, il consacrait le triomphe complet des fabricants de phonographes.

C'est sur l'appel de cette décision que la Cour de Paris rendait l'arrêt du 1^{er} février 1905 que nous citons plus haut ; la décision des premiers juges n'était pas à l'abri de toute attaque : nous avons fait une par une, la critique des théories sur lesquelles elle s'appuyait ; la Cour de Paris va, en reformant cette décision, faire justice de ses principaux arguments.

Faisant entre le droit de publication et le droit de représentation un départ très net, la Cour rejettera d'abord la théorie de la libre reproduction sonore (1). Sur le sens du mot édition elle décidera que le rouleau phonographique constitue une véritable édition au sens de la loi de 1793 (2) ; elle invoquera le caractère limitatif de la loi de 1866 pour en donner une interprétation strictement littérale et déclarer que cette loi ne protège les phonographes que s'ils reproduisent des airs de musique sans paroles ; elle assimilera les paroles chantées aux paroles sans musique en « considérant « que l'œuvre commune est indivisible et que le littérateur a le droit de prohiber la reproduction de la « musique avec les paroles, comme de sa création personnelle, isolée des conceptions musicales de son « collaborateur. »

La Cour, bien que ne donnant pas entière satisfaction aux auteurs (3), allait par son arrêt soulever l'indignation des fabricants dont le triomphe avait été de courte durée : ils se pourvurent en Cassation.

1. Cf. *supra*, p. 45 et suivantes.

2. Sur la jurisprudence antérieure, cf. *supra*, p. 36 et suivantes.

3. Nous avons dit plus haut que la Cour de Cassation a évité de se prononcer d'une façon explicite sur la question qui divisait la jurisprudence française et belge, de savoir si on doit considérer l'impression sur les disques et cylindres phonographiques comme constituant une édition véritable.

Note de Claro sous arrêt Cour de Cassation, D. P. 1908. 1. 405.

La Cour de Cassation, dans un arrêt brièvement motivé, a donné, le 21 juillet 1908, la consécration de sa décision souveraine en rejetant ce pourvoi ; s'appuyant sur la généralité des termes de l'article 1^{er} du décret de 1793, la Cour n'hésite pas à proclamer que « le monopole d'exploitation conféré à l'auteur et à ses cessionnaires leur donne le droit d'interdire aux tiers, sous les sanctions légales, de vendre ou distribuer tout objet matériel, quelle qu'en soit la nature, procurant à celui qui l'acquiert une reproduction de l'ouvrage original ». S'expliquant sur les termes « éditions imprimées ou gravées » de l'article 425, la Cour déclare que « ces expressions simplement énonciatives, n'excluent nullement dans la pensée du législateur, la contrefaçon résultant de l'offre au public de reproductions obtenues par des procédés autres que l'impression ou la gravure. » Enfin la Cour, condamnant définitivement la thèse de la reproduction sonore, consacre la décision de la Cour d'appel en déclarant que le bénéfice de la loi de 1866 ne saurait être valablement réclamé pour la reproduction des œuvres purement littéraires ou des airs de musique accompagnés de paroles.

La Cour de Cassation, malgré son désir apparent de faire droit aux revendications des auteurs, n'a pas cru cependant devoir aller jusqu'au bout de son argumentation. Sa décision, qui représente encore aujourd'hui le dernier état de notre droit, constitue cependant sur la jurisprudence précédente un progrès notable. Elle

aura pour l'avenir le grand avantage de montrer qu'une législation nouvelle s'impose sur la question et qu'à son défaut, la loi de 1866 restera toujours pour les tribunaux une occasion de prononcer, malgré eux, des décisions entachées souvent d'illogisme et souvent contraires à l'équité.

On voit, par ces différentes discussions, combien la loi de 1866 a laissé derrière elle d'imprécision et d'incertitude; des jugements ont été rendus, la Cour de Cassation a décidé souverainement et pourtant les questions que soulevait la loi de 1866 sont encore neuves comme au premier jour.

On peut cependant de tout ce qui précède dégager une conséquence, c'est qu'il ne faut pas rester dans ce malaise juridique. La loi de 1886 protège-t-elle ou non le phonographe ? Beaucoup d'encre pourra encore couler pour beaucoup de jugements, sans apporter à ce problème une solution définitive et puisque aujourd'hui, après la Conférence de Berlin, le législateur doit prendre une décision, il importe qu'après avoir apporté son adhésion à la nouvelle convention, il songe à la mettre en harmonie avec les lois internes, et à faire disparaître de notre législation la loi de 1866 qui ne répond plus aux préoccupations diplomatiques et économiques modernes.

LA JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

Conséquences de la loi du 16 mai 1866. — Sa répercussion à l'étranger. — Lois et jurisprudences étrangères. — Suisse : loi du 23 avril 1883. — Belgique : loi de 1886 et Convention de Berne. — Les décisions contradictoires de la jurisprudence belge. — Italie : loi de 1882. — Tendances de la jurisprudence italienne. — Angleterre : loi du 1^{er} juillet 1842 ; la jurisprudence anglaise défavorable aux auteurs ; Musical Copyright des 22 juillet 1902 et 4 août 1906. — États-Unis : législation et jurisprudence. — Allemagne : lois de 1870 du 1^{er} janvier 1901 et du 22 mai 1910. — Sa jurisprudence variable.

Nous avons étudié le régime d'exception auquel la loi et la jurisprudence françaises soumettaient les instruments de musique mécaniques et par contre-coup le phonographe. Dans tous les pays où le commerce et la fabrication de ces instruments s'étaient développés, allaient naître les mêmes discussions à l'occasion des mêmes intérêts ; partout auteurs et industriels se livrèrent, à peu près au même moment, une lutte sans trêve qui appela l'attention des législateurs étrangers et devait imposer la nécessité d'une réglementation internationale dont l'étude sera notre principal objet.

Ce sont ces divergences de la jurisprudence étrangère que nous nous proposons d'abord de retracer brièvement dans ce chapitre.

La loi du 16 mai 1866, bien que ne répondant qu'aux seules exigences de la Suisse, allait cependant avoir une répercussion quasi-mondiale.

C'est que, d'une part, la France qui avait toujours été, pour ainsi dire, le porte-drapeau de la propriété littéraire, avait tracé aux autres nations le chemin qu'elles devaient suivre et que, d'autre part, la Suisse, avec la ténacité d'un peuple qui, pour reprendre l'expression de M^e Poincaré (1), « est géographiquement « un petit pays mais est historiquement un grand « peuple, très actif, très remuant, très ardent à défendre ses intérêts », avait conclu avec d'autres pays, à l'occasion des instruments de musique mécaniques, de nombreux traités (2) qui reproduisaient presque littéralement les termes de notre loi de 1866.

En outre, la Suisse avait introduit dans sa législation interne des dispositions relatives aux instruments de musique mécaniques, plus tard l'Allemagne suivit son exemple ; d'autres pays comme l'Italie et l'Angleterre, tout en ne prenant pas cette initiative, se lièrent

1. Plaidoirie de M^e Poincaré : procès Enoch contre Compagnie des Gramophones.

2. La Suisse avait conclu un traité avec la Belgique le 25 avril 1867, avec l'Italie le 22 juillet 1868, avec la France le 23 février 1882. Ces traités sont tous aujourd'hui abrogés.

en adhérant à la Convention de Berne de 1886 qui reprenait dans son texte les termes mêmes de notre loi de 1866.

I. — SUISSE.

C'est donc à la Suisse que revient l'honneur de s'être la première intéressée à ces instruments de musique mécaniques dont elle fut pendant un certain temps la seule exportatrice. Ce pays cependant ne nous retiendra pas longtemps : c'est qu'en effet, par une singulière anomalie, la Suisse qui avait été le berceau des serinettes, des orgues de Barbarie et des boîtes à musique et qui occupe encore aujourd'hui une place prépondérante dans cette industrie avec les fabriques du Jura et de Genève, n'a pas développé chez elle l'industrie des phonographes : ce n'est donc pas elle qui devait bénéficier des avantages que la loi de 1866 et la Convention de Berne conféraient à ces instruments.

Un usage qui remonte sans doute à la création des serinettes et des boîtes à musique, voulait qu'en Suisse ces instruments bénéficiassent de la liberté la plus complète ; ce privilège fut définitivement consacré par la loi du 23 avril 1883 qui décidait dans son article 11 que « la reproduction des compositions musicales par « les boîtes à musique ou autres instruments analogues, « ne constituait pas une violation du droit d'auteur (1). »

1. Lyon-Caen et Delalain, t. I, p. 547. Cf. Annexes, p. 172.

Il est intéressant de constater que cette disposition législative, adoptée postérieurement à l'invention du phonographe, et plus de quinze ans après notre loi de 1866, démontre, d'une façon très nette, quelles étaient les véritables intentions de la Suisse : l'expression « boîtes à musique ou autres instruments analogues » ne semble laisser aucun doute sur la portée d'application de cette loi, à une époque où le phonographe était inventé et où par conséquent, le législateur ne pouvait plus avoir, comme celui de 1866, l'excuse de son ignorance (1).

L'industrie du phonographe, comme d'ailleurs celle des pianos mécaniques, étant en Suisse pour ainsi dire nulle, jamais les tribunaux suisses n'eurent à se prononcer à leur sujet sur l'interprétation de la loi.

Nous verrons dans le chapitre suivant que c'est la Suisse qui a pris l'initiative de la Conférence de Berne. Son attitude nettement favorable aux auteurs peut faire espérer qu'elle abandonnera ses vues étroites en ce qui concerne les phonographes et qu'elle adhérera sur ce point sans réserve à la Conférence de Berlin (2).

1. Une question plus délicate était de savoir si la loi suisse s'appliquait à tous les instruments de musique mécaniques ou seulement aux boîtes à musique ; cette controverse n'entre pas dans le cadre de notre étude. V. cependant sur ce point, d'Orelli, p. 90 ; Dunant, p. 139 ; Rufenacht, p. 79, et le journal *Le Droit d'Auteur*, du 15 mars 1893.

2. Sur l'attitude de la Suisse à la Conférence de Berlin, cf. plus loin, p. 113. Au moment de mettre sous presse, nous apprenons que la Suisse a adhéré sans réserve à la Convention de Berne révisée,

II. — BELGIQUE.

L'étude de la législation et de la jurisprudence belges offre, au contraire, pour nous un grand intérêt. En Belgique, les instruments de musique mécaniques se trouvent régis par la loi interne du 22 mars 1886 et par un acte international, la Convention de Berne, auquel la Belgique a adhéré et qui, reproduisant textuellement notre loi de 1866, accorde aux fabricants belges les mêmes privilèges dont les fabricants français bénéficient.

En ce qui concerne plus spécialement le phonographe, la jurisprudence belge eut à interpréter l'article 35 du Protocole de clôture de la Convention qui appelait nécessairement les mêmes discussions en Belgique que la loi de 1866 en France. Ce qui rendit les décisions belges particulièrement intéressantes, c'est que les procès avaient été introduits sur la demande de deux de nos auteurs les plus connus, Sardou et Massenet. Si, comme nous allons le voir, les deux décisions des tribunaux belges se contrariaient et n'apportent en définitive, dans la solution des questions posées, aucun élément nouveau, il est intéressant cependant de constater qu'en Belgique comme en France la Cour de Cassation a rendu un arrêt de principe qui oriente définitivement la jurisprudence.

Voici à quelle occasion naquirent ces intéressants

procès : Sardou, notre célèbre et regretté dramaturge, venait de donner *M^{me} Sans-Gêne*. Pour éviter qu'on ne contrefît son œuvre, il ne la fit pas éditer. Quel ne fut pas son étonnement lorsqu'il apprit que des industriels belges avaient reproduit sur des disques phonographiques des scènes entières de son œuvre. Il porta le différend devant le juge de paix du 1^{er} canton de Bruxelles qui, dans un jugement en date du 10 août 1903 (1), faisait droit aux justes réclamations de Sardou en consacrant le droit exclusif que possède l'auteur sur la reproduction de son œuvre et en déclarant que l'article 3 de la Convention de Berne devait être restrictivement interprété.

Cependant, les fabricants ne se tinrent pas pour battus ; ils défèrent à nouveau les auteurs mais cette fois devant le tribunal civil belge, qui rendait, le 13 juillet 1904, un jugement nettement favorable aux auteurs Massenet et Puccini : la loi française de 1793, sous le régime de laquelle avait vécu la Belgique, avait été remplacée par une loi du 28 mars 1886 qui déclarait dans son article 1^{er} que l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique avait seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction sous quelque forme que ce fût (2). Cette loi nouvelle, par les termes généraux qu'elle employait, faisait tomber sous son application tous les

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1903, p. 103.

2. Benoits et Descamps. *Commentaire législatif de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur*, p. 1.

instruments de musique mécaniques. Cependant la Belgique avait adhéré en 1886 à la Convention de Berne : deux dispositions contradictoires et également obligatoires s'imposaient aux juges ; ceux-ci, après avoir constaté la portée générale de la loi de 1886, furent cependant obligés de reconnaître que l'article 3 du Protocole de clôture créait une exception à la règle générale, mais ils décidaient en même temps que si « faute d'énumération précise tout instrument rentrant dans la définition de l'article 3 devait jouir de l'immunité qu'il prévoyait, le phonographe, du moins, devait échapper à cette immunité parce qu'il ne reproduisait pas seulement des airs de musique mais « toutes sortes « de sons articulés et notamment aussi les discours, « chansons, poésies, œuvres dramatiques, etc. ».

Sur appel de ce jugement, la Cour de Bruxelles rendait, le 29 décembre 1905, un arrêt qui, mettant à néant les théories des premiers juges, déboutait les auteurs de leur demande (1) : cet arrêt, après avoir indiqué les origines de l'article 3 du Protocole de clôture de la Convention de Berne et en avoir rappelé les termes, estime qu'il « n'est pas permis au juge d'en restreindre la portée et de faire une distinction entre les « instruments anciens qui ont motivé l'accord international et les instruments nouveaux qui rentrent dans « les termes de cet accord », il ajoute que le phono-

1. *Gazette des Tribunaux* du 2 février 1906.

gramme n'étant pas une édition, ne peut se réclamer de la loi de 1886 ; qu'enfin les airs avec paroles n'en sont pas moins des airs de musique rentrant dans les termes de l'article 3 qui n'a pas distingué entre la musique vocale et la musique instrumentale.

Si la Cour donne sur tous les points tort aux auteurs, elle ne le fait cependant qu'à regret puisqu'elle constate en terminant « qu'il semble peu équitable que les auteurs ne puissent, hormis le cas d'exécution publique, retirer aucun profit de la reproduction de leurs œuvres, ni s'opposer à cette reproduction qui, dans certaines conditions, peut leur être préjudiciable ; mais qu'il faut décider que les auteurs sont sans droit aussi longtemps que la Convention de Berne n'aura pas été modifiée ou dénoncée ».

Les auteurs s'étant pourvus en Cassation contre cet arrêt, leur pourvoi fut rejeté par arrêt en date du 2 mai 1907 ; cet arrêt, tout en n'invokant pas les mêmes motifs, aboutit au même résultat : il s'appuie sur la convention conclue le 25 avril 1867 entre la Belgique et la Suisse, sur la loi du 22 mars 1886 approuvant la Convention de Berne, pour constater que « dans cet état, alors que la Cour de Bruxelles sans avoir eu à statuer au sujet de l'exécution publique des œuvres des demandeurs, constate souverainement que les phonographes ou gramophones sont des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique, l'arrêt dénoncé se fonde à bon droit

sur les termes généraux de l'article 3 précité et sa force obligatoire en Belgique pour déclarer sans application à la fabrication et à la vente des phonographes et gramophones, l'article 38 de la loi du 22 mars 1886. »

III. — ITALIE.

La loi fondamentale qui pose en Italie les règles protectrices des droits de l'auteur est de 1882 (1) : elle est conçue en des termes très larges puisqu'elle stipule dans son article 1^{er} que « les auteurs des œuvres de l'esprit ont le droit exclusif de les publier, de les reproduire et d'en vendre la reproduction » ; l'article 2 assimile à la publication réservée à l'auteur l'impression ou tout autre mode semblable ; enfin l'article 3 accorde la même garantie à « la réduction pour tout « instrument des extraits et des adaptations d'œuvres « musicales ou d'une partie de ces œuvres » (2).

Cependant déjà en 1868 l'Italie, imitant sur ce point la France, concluait avec la Suisse un traité aux termes duquel elle autorisait la reproduction des airs musicaux au moyen de boîtes à musique ou instruments à musique (3).

1. Cette loi est la réunion et la codification de deux lois plus anciennes, l'une du 25 juin 1865, l'autre du 10 août 1875, qui réglaient déjà la question. Sur ce point cf. Lyon-Caen et Delalain, t. I, p. 377.

2. Sbriglia, *loc. cit.*, p. 82.

3. *Le Droit d'Auteur*, année 1895, p. 59, note I.

En outre l'Italie adhéraît à la Convention de Berne de 1886 et se soumettait ainsi aux prescriptions de l'article 3 dont nous avons déjà parlé.

Quelle allait être l'attitude de l'Italie en présence de cette contradiction que soulevaient les textes de la loi interne et les autres textes d'exception ?

Dans cette lutte entre fabricants et auteurs, les tribunaux italiens devaient prendre nettement parti pour ces derniers, en consacrant le droit exclusif que possèdent les auteurs sur leurs œuvres. Comme l'article 3 du Protocole de clôture de la Convention de Berne pouvait faire échec à leur théorie, les tribunaux italiens en écartèrent l'application sous prétexte que cette convention, bien que signée par l'Italie, n'avait aucune existence légale parce qu'elle avait été irrégulièrement approuvée par décret royal alors qu'elle eût dû l'être par le Parlement.

C'est donc en se référant uniquement au texte de la loi de 1882 que les tribunaux italiens firent toujours triompher la cause des auteurs (1).

En ce qui concerne plus spécialement le phonographe, la jurisprudence italienne eut plusieurs fois l'occasion de confirmer sa manière de voir : c'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Bologne du 1^{er} février 1907

1. Cf. notamment Cour d'appel de Florence, 1^{er} juillet 1905. *Journal Le Droit d'Auteur*, année 1906, pp. 59 et 63; Trib. civ. de Milan, 8 février 1906 et 27 juillet 1906. *Journal Le Droit d'Auteur*, 1907, p. 32.

et un autre de la Cour de Milan du 14 février 1907, confirmant la décision des premiers juges, refusèrent l'application aux phonographes tant de l'article 3 de la Convention de Berne, que du traité italo-suisse de 1868 en prétextant notamment que cette convention n'avait eu pour but que de soustraire au droit commun les orgues de Barbarie, les serinettes et les boîtes à musique et qu'en conséquence le phonographe, ayant été en dehors de ses prévisions, ne pouvait en aucune façon être régi par elle.

Les fabricants s'étant pourvus en Cassation sur cet arrêt, la Cour de Cassation de Turin mit fin au débat le 5 décembre 1908, en consacrant souverainement le triomphe des auteurs (1).

IV. — ANGLETERRE.

L'Angleterre est le premier pays qui se soit occupé du droit des auteurs et il faut remonter très loin dans le passé pour trouver ses premières réglementations sur la question : alors même que l'imprimerie n'était pas encore inventée, on retrouve la trace d'un droit exclusif de transcrire et reproduire les livres au moyen de l'écriture, qui avait été conféré par le pouvoir royal à l'Université d'Oxford (2).

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1909, p. 28.

2. Cf. Lowndes. *Historical sketch of the law of copyright*, p. 2; Lyon-Caen et Delalain, t. I, p. 255.

C'est une loi du 1^{er} juillet 1842 qui réserve à l'auteur anglais le droit exclusif d'exécution et de reproduction.

Cette loi définit dans son article 2 le droit de reproduction ou copyright : un « droit absolu et exclusif
« d'imprimer ou de multiplier par d'autres procédés,
« des exemplaires de tout sujet, entrant dans la défini-
« tion du *mot livre* », et elle entend désigner par livre
« tout volume, partie ou division de volume, brochure,
« feuille d'impression typographique, *feuille de mu-*
« *sique*, carte géographique ou plan publié séparé-
« ment (1). »

En Angleterre comme ailleurs, les différends n'allèrent pas tarder à naître entre auteurs et fabricants : c'est en 1898 que la question fut portée pour la première fois devant les tribunaux anglais à l'occasion des reproductions de chansons anglaises sur des cartons perforés : Boosey, le grand éditeur anglais, était titulaire des droits des auteurs sur ces chansons : elles furent néanmoins reproduites sur cartons perforés par M. Whight, fabricant de pianos mécaniques. Le débat fut porté devant M. Stirling, juge de la Haute Cour de justice : l'éditeur se plaignait que la notation des cartons perforés fût une copie d'une lecture peut-être inaccoutumée et difficile, mais une copie tout de même, des morceaux de musique qu'il éditait.

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1899, p. 79 et suiv. ; Lyon-Caen et Delalain, vol. I, p. 270.

M. Stirling, dans un jugement du 19 avril 1899, après avoir constaté que les cartons perforés ne sont que les parties de machines productrices de sons, décide que la reproduction de l'idée musicale sur ces cartons ne peut constituer l'atteinte au droit de l'auteur prévue par l'article 2 de la loi de 1842 (1), mais il interdit, par contre, aux fabricants de faire figurer sur leurs cartons perforés des annotations empruntées aux éditions musicales et destinées à indiquer l'interprétation que le compositeur a entendu donner à son œuvre.

Ce jugement eut un grand retentissement. La presse anglaise le commenta assez sévèrement (2) et, de fait, il ne contentait personne; aussi demandeurs et défendeurs firent-ils appel, de cette décision.

Après avoir entendu les deux remarquables exposés de M. Limsey, maître des rôles, et de lord Romer, juge, la Cour suprême, dans un arrêt du 13 décembre 1899, rejeta l'appel de l'éditeur; M. Limsey déclarait dans son exposé que : « jouer d'un instrument avec une musique éditée qu'on lit avec les yeux est une chose et « que jouer d'un instrument avec un carton perforé « qui fait partie d'un mécanisme est une tout autre « chose » ; il rappelait, pour innocenter les cartons perforés, la définition que donnait du mot *copy* un jugement précédent. « La copie, disait-il, est ce qui « se rapproche tellement de l'original qu'elle donne

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1899, p. 69.

2. Cf. Journal *Le Droit d'Auteur*, 1899.

« à toute personne qui la voit l'idée même de cet original (1). »

Sur le second point, cet arrêt décidait que « les indications portées sur les morceaux de musique sont protégées aussi longtemps qu'elles sont employées avec les partitions de musique, mais qu'en dehors de ces partitions les plaignants n'avaient sur elles aucun droit, ces indications ne constituant pas par elles-mêmes des « morceaux de musique » ni des morceaux « d'impression publiés séparément ; que même s'ils l'étaient ils ne constitueraient que de simples mots et non des formules ayant un caractère littéraire pouvant exiger l'application du copyright ». Lord Romer, juge, adopta les mêmes motifs.

Ces deux décisions, nettement hostiles aux droits des auteurs, ne sont pas à l'abri de toute critique : elles étaient cependant à prévoir dans un pays où la principale préoccupation est de favoriser le développement du commerce et où, pour reprendre l'expression même dont se servait le maître des rôles, il faut « traiter cette question sur la large base des affaires et non par des considérations sans pratique bien que théoriquement possibles (2). »

1. « A copy is that which comes so near to the original as to give to every person seeing it the idea created by the original. »

2. And we ought in my opinion to deal with the case on broad business lines and not on impractical though theoretically possible assumptions.

Si nous avons insisté sur ces décisions, c'est qu'elles marquent d'une façon certaine la direction de la jurisprudence anglaise aussi bien en ce qui concerne les pianos mécaniques qu'en ce qui concerne le phonographe.

L'émotion produite en Angleterre par l'arrêt Boosey, les campagnes énergiques entreprises par les auteurs lésés dans leurs droits, provoquèrent cependant des mesures législatives nouvelles : une première loi du 22 juillet 1902 (1) mentionnait parmi les droits dérivés du droit exclusif de l'auteur sur son œuvre, celui de la transcrire « par l'écriture ou tout autre moyen » (2) ; c'était donc pour les auteurs la reconnaissance complète de leurs droits ; elle devait être malheureusement de courte durée.

Le 4 août 1906, en effet, une seconde loi était votée, modifiant la première par des dispositions singulièrement restrictives qui donnaient à l'arrêt Boosey sa consécration légale. Le musical copyright de 1906 en effet, après avoir interdit la reproduction et la vente « d'exemplaires contrefaits d'œuvres musicales et de planches d'imprimerie », déclare que les termes « exemplaires contrefaits et planches » ne comprennent pas pour les effets de la présente loi les rouleaux perforés utilisés

1. Cf. journal *Le Droit d'Auteur*, année 1902, p. 98.

2. La loi dit « to make copies by writing or otherwise of such musical work », et elle définit « musical woork » « any combination of melody and harmony or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced ».

pour le jeu des instruments de musique mécaniques, ni les cylindres destinés à la reproduction d'ondes sonores, ni les matrices ou autres moules servant à la fabrication des rouleaux ou des cylindres.

Cette loi anéantissait d'un seul coup les dispositions bienfaisantes du bill précédent. Elle avait été votée, disait son auteur, pour dissiper les objections des personnes intéressées aux gramophones et pianolas et qui estimaient que leurs intérêts étaient menacés par le texte du premier bill (1). Cette dernière loi a été vivement critiquée par le Truth qui a demandé la modification de la législation actuelle sur ce point (2).

Depuis l'arrêt Boosey, une autre décision est intervenue le 19 juin 1908 dans une espèce semblable : le bill de 1906 rendait vaines les prétentions des demandeurs, leur action fut rejetée : ils n'ont d'ailleurs pas interjeté appel de ce jugement (3).

V. — ÉTATS-UNIS.

Dans cette courte étude de jurisprudence internationale, nous devons faire une place à part aux deux pays,

1. Le journal *Le Droit d'Auteur*, année 1906, p. 117.

2. Le journal *Le Droit d'Auteur*, année 1908, p. 108. Nous verrons plus loin que le même désir a été exprimé par le Copyright Committee réuni pour présenter au Parlement anglais un projet de loi pour l'adhésion de l'Angleterre à la Conférence de Berlin.

3. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1908, p. 110.

qui ont joué, avec la France, un rôle prépondérant dans la législation du phonographe, les États-Unis et l'Allemagne : ce sont en effet ces deux pays qui ont les premiers promulgué, sur les instruments de musique mécaniques et sur les phonographes, des lois qui, empreintes des idées modernes, reflètent les préoccupations de notre époque.

Aux États-Unis, on ne signale au début que des lois locales ; il faudra attendre (1) jusqu'au 8 juillet 1870 pour assister à la réunion et à la codification de ces lois en une loi nouvelle qui réglait jusqu'à ces dernières années la question des droits d'auteur en Amérique.

Cette loi établit un système très large de protection, elle étend même le bénéfice de ses dispositions à certaines œuvres protégées pour la première fois telles que : tableaux, dessins, chromolithographies, sculptures. Cependant, malgré toutes ces extensions successives, les compositions purement musicales n'étaient garanties encore par aucune disposition du droit positif et les étrangers, absolument exclus des garanties réservées par les statuts américains (2).

Comme en Angleterre, la question des instruments de musique mécaniques et des phonographes allait se

1. Il faut cependant signaler qu'une tentative de codification d'ensemble avait déjà été faite le 31 mai 1790. Cf. sur ce point Lyon-Caen et Delalain, t. 2, p. 101 et suiv.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1891, p. 27.

poser devant les tribunaux; devant la pénurie des textes (1), devant la lutte énergique des fabricants, devant le fâcheux exemple donné par tous les pays européens, il était à prévoir que les auteurs perdraient encore une fois la bataille.

Signalons d'abord un arrêt rendu le 28 janvier 1888, à l'occasion des cartons perforés, par la Cour de circuit de Massachusetts (2), qui refuse de voir une contrefaçon dans les cartons perforés sous prétexte qu'il est parfaitement impossible de les confondre avec les morceaux de musique où on voit des signes connus.

Ce sont ces mêmes arguments que nous retrouverons plus tard en Angleterre et pourtant, ne semble-t-il pas évident que « la différence n'est que dans la forme mais que le fonds est le même » et qu'il y a dans ces décisions une atteinte portée au droit exclusif de l'auteur, droit qui lui a été légalement reconnu.

La Cour fédérale d'appel de New-York, confirmant un arrêt de la Cour fédérale du circuit de New-York, rendait en juillet 1906 un arrêt qui confirmait la même thèse. Cependant cet arrêt, tout en donnant gain de cause aux fabricants, semble regretter que les lois statutaires l'obligent à faire de la loi une interprétation

1. Un bill voté par le Congrès est mis en vigueur le 1^{er} juillet 1891, sous le nom de Bill Chace-Adams, tout en donnant sur certains points satisfaction aux étrangers, était muet sur la protection artistique. *Journal Le Droit d'Auteur*, année 1891, p. 27.

2. *Journal de droit international privé*, année 1889, p. 728.

stricte qui lui interdise « d'en étendre les effets soit en se basant sur des considérations d'équité, soit en forçant l'interprétation des termes de la loi (1). »

Cet arrêt eut une grande répercussion aux États-Unis ; l'opinion publique s'émut, les auteurs protestèrent, les fabricants fondèrent une ligue pour la défense de leurs intérêts.

Ce mouvement détermina le dépôt d'un projet de loi ; ce bill, qui réservait aux auteurs le droit exclusif de contrôle, l'utilisation de leurs œuvres, ainsi que toute reproduction sonore, déclencha de violentes polémiques ; de vives dissensions eurent lieu au sein des groupements extra-parlementaires, où un contre-projet favorable aux fabricants fut présenté.

Dans l'une des ces assemblées, le juge Walker contesta le caractère constitutionnel du bill en prétendant que les « instruments parlants » n'étaient pas des écrits visés par la Constitution tandis que M. Brooker soutint que les rouleaux phonographiques ainsi que les cartons perforés rentraient parfaitement dans cette notion ; que d'ailleurs la Constitution entendait protéger les œuvres musicales qui sont des écrits, qu'il importait donc peu que les copies ou reproductions le soient ou ne le soient pas. Le président de l'American Musical Copyright League affirma que le Bill ruinerait leurs affaires (2).

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1906, p. 120.

2. Le journal *Le Droit d'Auteur*, année 1907, p. 11.

Les commissions du Sénat et de la Chambre déposèrent leurs rapports : ils contenaient un exposé très détaillé des arguments qui avaient été invoqués pour ou contre la liberté de reproduction des œuvres musicales par les instruments de musique mécaniques et les phonographes. Ces arguments, nous les avons tous déjà signalés : seule la question de constitutionnalité du bill venait encore accroître l'indécision du législateur.

Les deux commissions s'étaient trouvées d'accord pour maintenir en faveur du compositeur le droit de reproduction sonore par l'exécution publique, mais le Bill du Sénat, conçu en des termes plus larges, réservait de plus à l'auteur « le droit d'éditer l'œuvre ou la « mélodie de façon à l'adapter à un instrument par-
« lant ou chantant, quelconque ».

La commission de la Chambre voulait temporiser ; le procès White Smith et C^e contre Apollo, dont nous avons parlé plus haut, était pendant devant la Cour suprême, on fut d'avis d'attendre sa décision (1).

Cependant, l'intransigeance que montraient l'une et l'autre parties dans la discussion de leurs intérêts, fit bientôt place à un désir évident de chercher un terrain d'entente ; plusieurs bills (2), dont le but était la codification du Copyright, furent proposés dans le cours de

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1907, p. 62.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1908, p. 108.

l'année 1908, ces bills émettaient l'opinion qu'une solution ne pouvait venir que de concessions réciproques : c'est dans cet esprit de conciliation qu'est né aux États-Unis le système des licences qu'allait définitivement consacrer le Copyright Act du 4 mars 1909 (1).

Entre temps, la Cour suprême rendait le 24 février 1908 son arrêt tant attendu : il confirmait purement et simplement l'arrêt de la Cour fédérale d'appel et décidait que « dans l'état actuel de la loi écrite, les « fabrications de cartons perforés reproduisant des « compositions musicales protégées, ne sauraient être « envisagées comme une contrefaçon. » Toutefois M. le juge Holmès faisait des réserves en faveur d'une protection plus efficace et plus large (2).

Bien que les États-Unis n'aient pas cru devoir adhérer à la Convention de Berne, il faut signaler cependant qu'ils envoyèrent un délégué à cette conférence et plus tard à la Conférence de Berlin : il n'est pas douteux que cette dernière conférence eut une influence heureuse sur les destinées législatives des États-Unis (3),

1. Cette loi étant postérieure à la Conférence de Berlin, nous nous réservons d'en parler dans le chapitre que nous consacrons aux progrès accomplis dans les pays étrangers depuis cette conférence.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1908, p. 109.

3. M. Thorwald Solberg, chef du Département du droit d'auteur à la Bibliothèque du Congrès, qui représentait les États-Unis à la Conférence de Berlin, a été le directeur des travaux préparatoires du Copyright Act.

c'est ce que nous constaterons d'ailleurs dans un des chapitres suivants (1).

VI. — ALLEMAGNE.

Nous avons réservé dans cette étude une place à part à l'Allemagne qui a été, plus que tout autre pays, le théâtre de discussions ardentes et de procès nombreux qui devaient aboutir à une codification récente et, on peut même dire, un peu inattendue.

Tant que l'Allemagne n'avait pas obtenu son unité politique, il était impossible d'espérer une unité de législation ; seule, la Confédération de l'Allemagne du Nord de 1867 allait permettre de réaliser cette unité : le 11 juin 1870, en effet, était votée en Allemagne une loi concernant « le droit d'auteur sur les écrits, dessins, compositions musicales et œuvres dramatiques » ; cette loi ne contenait aucune disposition formelle sur la question de reproduction des œuvres musicales par les instruments de musique mécaniques, elle stipulait seulement que toute reproduction non autorisée d'une œuvre par un procédé mécanique et en vue de la vente constitue une contrefaçon dont l'auteur doit réparation, eût-il agi par imprudence (2).

C'est cependant en invoquant ce texte et celui de l'article 3 du Protocole de clôture de la Convention de Berne

1. Cf. plus loin p. 159.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1895, p. 57 et suiv.

auquel l'Allemagne avait adhéré, que les tribunaux rendirent de nombreuses décisions. Si elles apportent aux problèmes soulevés par les instruments de musique mécaniques puis par les phonographes, des solutions souvent contradictoires, il est cependant intéressant de constater que, tandis que les juridictions inférieures allemandes donnaient systématiquement raison aux fabricants, les juridictions supérieures, au contraire, n'hésitaient pas à reconnaître aux auteurs (1) leur droit exclusif sur la reproduction de leurs œuvres.

En octobre 1885, le Tribunal supérieur de Leipzig condamnait comme contrefaçon les cartons perforés et en interdisait la vente ; en mars 1890, le même tribunal se prononçait en sens contraire. Le 23 mai 1890, le Tribunal de Géra innocentait le « clariophone » ; le 28 mai de la même année le Tribunal supérieur de Leipzig déclarait à nouveau contrefaçon les cartons perforés reproduits par l'« Ariston ». Le 31 décembre 1891, le même tribunal repoussait la demande des auteurs en invoquant l'article 3 du Protocole de clôture de la Convention de Berne. Par contre le Tribunal supérieur de l'Empire tranchait nettement la question les 19 décembre 1888, 31 janvier et 16 décembre 1891, en décidant : 1° que les instruments avec mécanisme et organe dépendants étaient seuls exonérés ; 2° que la partie interchangeable était une édition ; 3° que la Convention de Berne ne s'appliquait pas aux automates à organes interchangeables.

Il convient de remarquer cependant qu'en appliquant la Convention de Berne à des litiges qui n'avaient rien d'international les tribunaux allemands n'invoquèrent en définitive qu'un motif d'opportunité; l'interprétation restrictive donnée par les tribunaux d'Empire de l'article 3 du protocole de clôture de la Convention de Berne avait l'avantage d'être historiquement exacte: c'est la thèse que nos tribunaux avaient adoptée pour la loi de 1866: l'article 3 n'en était, nous l'avons dit, que la répétition.

Il serait trop long de passer en revue toutes les décisions de la jurisprudence allemande; au surplus les arguments que fabricants et auteurs feront valoir seront-ils toujours les mêmes que nous nous trouvions en présence de cartons perforés ou de phonogrammes (1).

Cette attitude de la jurisprudence, très nettement favorable aux auteurs, provoqua une très grande émotion chez les fabricants qui se trouvaient menacés par cet état de fait et faisaient, à juste titre, remarquer que leur situation juridique était d'autant plus déplorable que la jurisprudence des autres pays se montrait au contraire très favorable à l'industrie des instruments de musique mécaniques et des phonographes, au déve-

1. Citons au hasard: Trib. sup. de Leipsig, jugement du 8 juin 1895, confirmé sur appel; cf. journal *Le Droit d'Auteur*, année 1897, p. 106. Trib. royal sup. de Leipsig, jugement du 8 octobre 1898; journal *Le Droit d'Auteur*, année 1899, p. 11, et aussi journal *Le Droit d'Auteur* année 1892, p. 78 et 79.

loppement de laquelle elle contribuait pour la plus large part.

Leurs plaintes ne restèrent pas sans écho et, le 13 juillet 1899, était déposé un projet de loi qui, dans son article 21, disposait : « Ne constitue pas une contrefaçon
« la transcription d'une œuvre musicale éditée sur
« des appareils servant à reproduire mécaniquement
« des airs de musique ; sont considérés également
« comme appareils visés par la présente disposition
« les disques, planches, cylindres, bandes, etc... interchangeableables (1). »

Cet article fut transporté, légèrement modifié, dans la loi du 19 juin 1901. Mise en vigueur le 1^{er} janvier 1901, cette loi, conçue en des termes très nets, sacrifiait aux industriels le droit que les auteurs s'étaient fait reconnaître au prix de nombreux efforts ; la loi en effet disait dans son article 22 : « Est licite la transcription d'une œuvre musicale éditée sur les disques, planches, cylindres, bandes et autres parties semblables d'instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique. Cette disposition s'applique également aux parties interchangeableables, à moins qu'elles ne s'adaptent à des instruments par lesquels l'œuvre peut être reproduite, au point de vue de la force et de la durée des sons et au point de vue de la mesure, de manière à équivaloir à une exécution personnelle. » Et l'arti-

1. Le journal *Le Droit d'Auteur*, année 1899, p. 92.

cle 26 ajoutait: « La faculté de reproduire, aux termes des articles 16 à 24, l'œuvre d'autrui sans le consentement de l'ayant droit, implique aussi la faculté de la répandre, de la représenter, de la réciter publiquement. »

Toutefois le Reichstag votait en même temps, comme palliatif au rigorisme de cette loi, la résolution suivante: « Le gouvernement allemand est invité à entrer aussitôt que possible en négociation avec les autres pays de l'Union internationale, en vue d'étendre la protection du droit d'auteur dans le sens de l'interdiction de toute reproduction mécanique non autorisée de morceaux de musique aussi bien sur des instruments dans lesquels les cylindres ou autres parties reproduisant le morceau sont fixés, que sur les instruments à appareils interchangeables, lesquels peuvent être vendus séparément et introduits tour à tour, tels que disques, planches, cylindres, rouleaux (1). »

Nous avons vu que la loi de 1901 faisait dans son article 22 une seule exception en faveur des « instruments par lesquels l'œuvre peut être reproduite au point de vue de la force et de la durée des sons et au point de vue de la mesure de manière à équivaloir à une exécution personnelle »; l'intention du législateur était, sans nul doute, de faire bénéficier de cette disposition les harmonia et pianos mécaniques (2) et d'une

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, 1908, p. 107.

2. Le prix de ces instruments varie entre 1.000 et 6.000 marks.

façon plus générale tous les instruments « qu'il est possible d'influencer » (1). Un arrêt du Tribunal de l'Empire en date du 5 mai 1909 et qui est le dernier état de la jurisprudence allemande, décide, contrairement à l'opinion des premiers juges, que le phonographe ne peut se réclamer de cette exception (2), l'exécution personnelle étant, d'après la Cour, caractérisée par ce fait que l'exécutant peut varier la mesure ainsi que la force et la durée des sons, tandis que le gramophone est entièrement dépourvu du moyen de nuancer l'œuvre.

L'Allemagne avait pris à contre-cœur une résolution peu favorable aux intérêts des auteurs : elle répondait par cette loi de 1901 à une nécessité économique et se montrait toute décidée à changer ces dispositions pour peu que les pays étrangers donnent à leur jurisprudence une orientation nouvelle : c'est vers ce but que vont tendre ses efforts, et son attitude très nettement favorable aux auteurs à la Conférence de Berlin, servira singulièrement leur cause.

Nous verrons plus loin que par une loi du 22 mai 1910 l'Allemagne, mettant la première en harmonie le texte de la Convention de Berlin et la législation interne allemande, a donné aux autres nations un gage de bonne volonté et un exemple de probité juridique.

1. Volkman. *Zur Neugestaltung des Urheberschutzes gegenüber mechanischen Musikinstrumenten*, Leipzig, 1909.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1909, p. 144, et *loc. cit.*, année 1910, p. 79 et suiv.

LA CONFÉRENCE DE BERLIN

Origines de la Convention de Berne. — Les Congrès de la propriété littéraire et artistique. — Initiative de la Suisse. — La Convention de Berne du 9 septembre 1886. — L'article 3 du Protocole de clôture. — La Conférence de Paris de 1896. — Préliminaires de la Conférence de Berlin : les États représentés. — Le projet de l'Administration allemande. — L'attitude de l'Allemagne aux Conférences de Paris et de Berlin : explication de cette attitude. — L'attitude de la France. — La commission de rédaction. — Divergence de vues des puissances : les différentes propositions. — L'article 13 de la Convention. — L'alinéa 1^{er} : la question de l'exécution publique. — L'alinéa 2 : consécration des principes. — Alinéa 3 : le principe de non-rétroactivité. — Alinéa 4 : la saisie des œuvres contrefaites.

Nous avons vu dans le chapitre précédent que dans presque tous les pays d'industrie « la question du phonographe » avait fait naître des problèmes que les tribunaux avaient différemment résolus.

Nous avons incidemment parlé, au cours de cette étude, de la Convention de Berne de 1886 qui est le premier essai de codification internationale des droits d'auteur. Nous retracerons les origines de cette Convention, puis nous chercherons comment furent traitées les questions qui nous intéressent dans les différentes manifestations internationales, depuis la Convention de

Berne jusqu'à cette Conférence de Berlin qui est un des plus beaux monuments de l'histoire internationale.

La nécessité d'une entente entre nations s'était fait sentir de très bonne heure en France : on s'était vite aperçu qu'un résultat efficace ne pouvait être attendu que d'une Convention mondiale car, plus peut-être pour les droits d'auteur que pour tout autre droit, on s'était rendu compte qu'une action limitée aux frontières était impuissante à protéger les auteurs contre les contrefaçons dont plusieurs pays s'étaient réservé le monopole.

Dès 1839, le vicomte Siméon à la Chambre des Pairs entrevoyait une union littéraire « dont, disait-il, la possibilité souriait aux amis des lettres », et Lamartine en 1841 écrivait : « Tout le monde se plaint, tout le monde demande un droit international nécessaire à instituer pour tous (1). »

Ce désir de codification internationale prenait naissance en même temps dans tous les pays qui avaient un intérêt urgent à cette réglementation.

En 1858, se réunissait le premier Congrès de la propriété littéraire et artistique ; ce congrès se tint à Bruxelles du 27 au 30 septembre ; 81 sociétés appartenant à 14 États étaient représentées ; 441 personnes s'étaient fait inscrire et à chaque séance assistaient de 250 à 300 personnes (2).

1. Rapport sur le projet de loi relatif à la protection littéraire, 20 mai 1839.

2. Cf. journal *Le Droit d'Auteur* du 15 février 1888.

Entre autres vœux, le Congrès émettait le suivant : « Il est désirable que tous les pays adoptent pour la « propriété des ouvrages de littérature et d'art une « législation reposant sur des bases uniformes » et il demandait que « l'assimilation des auteurs étrangers « aux auteurs nationaux soit absolue et complète même « en l'absence de toute réciprocité (1). »

Un congrès artistique se réunissait à Anvers en 1861 ; son but était « d'amener un accord entre les gouvernements en vue de généraliser les propriétés artistiques ». En 1873, se fondait à Gand l'Institut de Droit International qui était chargé, par un congrès artistique, de préparer un projet de loi universelle.

En 1877, un nouveau congrès se réunissait à Anvers, et s'imposait la mission de rechercher les bases d'une législation internationale destinée à « protéger les droits « de propriété sur les œuvres d'art et à réprimer les « fraudes et les contrefaçons ».

En 1878, à l'occasion de l'Exposition internationale universelle, deux congrès, l'un artistique, l'autre littéraire, ce dernier sous la présidence de Victor Hugo, se réunissent à Paris : les deux congrès votent l'assimilation des œuvres étrangères aux œuvres françaises et M^r Clunet y émet le vœu suivant : « Il est à désirer qu'il se constitue entre les divers États de l'Europe et d'outremer une Union générale qui adopte une lé-

1. Cf. Bricon, *Origines des Conventions*.

gislation uniforme, en matière de propriété artistique (1). »

Ces deux derniers congrès ne formulent pas encore de revendications précises : ils ont cependant, dans l'histoire internationale, une importance considérable puisqu'ils ont présidé à la naissance de l'Association littéraire et artistique internationale qui devait servir si utilement plus tard la cause des auteurs et des artistes. Au moment où le Congrès littéraire allait se séparer, « tous les membres comprirent que cette réunion des « écrivains des deux mondes ne devait pas se dissoudre « sans laisser derrière elle une trace durable et que le « lien formé entre eux ne devait pas se briser. De « plus, certaines questions n'avaient été qu'effleurées « et il était indispensable qu'une réunion d'écrivains « compétents reçût mandat de rechercher les moyens « de réaliser les desiderata exprimés. Cette préoccu- « tion du congrès, ayant un double caractère de frater- « nité littéraire et d'utilité pratique, se traduisit par la « fondation de l'Union littéraire internationale dont les « bases furent votées par le Congrès le 8 juin 1878 (2) « et qui prenait pour programme « la défense de la « propriété littéraire et l'initiative de toutes les fonda- « tions présentant un caractère littéraire internatio- « nal ». De son côté, le Congrès artistique reconnaissait la nécessité de fonder « une association artistique in-

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, 15 février 1888.

2. Cf. *Bull. de l'Assoc. lit. int.*

ternationale, ouverte aux sociétés artistiques et aux sociétés de tous les pays ».

Écrivains et artistes avaient donc le même but ; l'entente s'établit entre eux et c'est de cette entente qu'est née l'Association littéraire et artistique internationale qui allait avoir sur les destinées du droit d'auteur une influence efficace.

Au lendemain de sa fondation, cette association part en campagne ; tous les ans elle se réunit en congrès : en 1879 à Londres, en 1880, à Lisbonne, en 1881 à Vienne. A Rome en 1882 le Congrès décide de tenir, l'année suivante, une conférence pour discuter les bases d'une Union de la propriété littéraire.

Le 18 septembre 1883, la conférence annoncée se réunit en session extraordinaire à Berne sous la présidence de Numa Droz : elle arrête une convention en dix articles et charge son bureau de prier le Conseil fédéral suisse de transmettre ce projet à tous les États civilisés pour être soumis à l'examen d'une conférence diplomatique (1).

Cette conférence se réunissait à Berne le 8 septembre 1884 ; douze États s'y étaient fait représenter : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la République de Costa-Rica, la Grande-Bretagne, la République d'Haïti, le Paraguay, les Pays-Bas, la République de Salvador, la Suède, la Norvège et la Suisse. La délégation allemande déposa un questionnaire sur 14 points ; son

1. Cf. Journal *Le Droit d'Auteur* du 15 février 1888.

organe demandait « s'il n'était pas préférable, au lieu de conclure une convention basée sur le principe du traitement national, de viser, dès à présent, à une codification réglant d'une manière uniforme pour toute l'Union projetée et dans le cadre d'une convention, la totalité des dispositions relatives à la protection du droit d'auteur ». L'Union fut d'avis « qu'il valait mieux « commencer par chercher à établir l'entente sur les « points susceptibles de réunir l'assentiment du plus « grand nombre d'États; entente qui permettra cependant la réalisation de notables progrès (1). »

En 1885, la Conférence continuait ses travaux ; l'Autriche n'y participait pas mais en revanche l'Espagne, les États-Unis, la République d'Honduras, l'Italie, la Tunisie s'étaient fait représenter.

Le 9 septembre 1886, l'acte diplomatique était signé par les délégués de l'Allemagne, de la France, de la Grande-Bretagne, de la République d'Haïti, d'Italie, de Libéria, de Suisse et de Tunisie. Cet acte formulait le texte définitif adopté par la Conférence, à la suite des discussions auxquelles le projet avait donné lieu.

Nous avons vu quelles avaient été, avant 1886, les intentions de la Suisse à l'égard des instruments de musique mécaniques qu'elle fabriquait; elle avait, à ce sujet, imposé ses vues à la France depuis notre loi de 1886, elle les avait réitérées dans la Convention franco-

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1888, p. 12.

suisse de 1882 ; elle réussit à les faire triompher également à la Convention de Berne.

Elle y parvint avec d'autant plus de facilité qu'à cette époque cette question n'avait pas encore attiré l'attention du législateur : l'industrie des instruments de musique mécaniques et des phonographes était encore dans son enfance. Aussi les puissances adoptèrent-elles sans aucune résistance l'article 3 du Protocole de clôture qui, reproduisant textuellement notre loi de 1866, décidait : « Il est entendu que la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement les airs de musique empruntés au domaine privé, ne sont pas considérées comme constituant le fait de contrefaçon musicale. » C'était là une concession gracieuse faite au gouvernement fédéral, « concession, fait observer M^r Clunet, bien due à un pays qui a tant travaillé à défendre le patrimoine des artistes. »

Les délégués à la Convention de 1886 ne s'étaient pas séparés sans avoir fixé une date pour la révision de cette convention : elle fut fixée à l'année 1892 ; cependant les « tendances ultra-protectionnistes de l'époque et l'état de nervosité européenne » (1) reculèrent jusqu'en 1896 la date de cette révision.

Entre temps, la cause des auteurs faisait de nouveaux adeptes ; les vœux se précisaient ; les congrès, les réu-

1. M. Georges Maillard, *Examen des travaux de la Conférence de Paris*, p. I.

nions, le Bureau International de Berne fondé en 1886, apportèrent une large contribution au travail. « Les « États unionistes commençaient à se rendre compte « des avantages de la vie en commun » (1), et leur intérêt était le plus sûr garant de leur collaboration.

Ce fut donc à Paris que la Conférence se réunit le 4 mai 1896 ; tous les États qui s'étaient fait représenter à Berne, le furent également à Paris (2) ; en outre les nouveaux adhérents — Luxembourg, Monaco, Monténégro, Norvège — avaient envoyé leurs délégués (3).

Depuis la Convention de 1886 la question des instruments de musique mécaniques avait fait son chemin : les industries avaient pris dans beaucoup de pays un développement inattendu ; nous avons vu dans le chapitre précédent combien étaient tendus les rapports entre auteurs et fabricants ; partout en même temps les différends étaient portés devant les tribunaux : cette effervescence devait avoir inévitablement un écho à la Conférence de Paris.

La France avait été, malgré elle, en promulguant la loi de 1866, l'auteur responsable de l'article 3 du Pro-

1. M. Renault. Rapport présenté au nom de la Commission par la délégation française.

2. Il faut faire une exception pour la République de Haïti.

3. Sur l'invitation de la France plusieurs pays étrangers à l'Union avaient envoyé leurs délégués. Étaient représentés : la République Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Bulgarie, la Colombie, le Danemark, les États-Unis, la Grèce, le Guatemala, le Mexique, le Pérou, le Portugal, la Roumanie et la Suède.

tocele de clôture : aussi est-ce la France qui prit l'initiative d'une proposition tendant à en modifier l'esprit : elle voulut qu'on interprétât restrictivement cet article 3 et proposait qu'on le fit suivre de cet article nouveau : « Le bénéfice de cette disposition ne s'applique pas aux instruments qui ne peuvent reproduire des airs que par l'adjonction des bandes ou cartons perforés ou autres systèmes indépendants de l'instrument, se vendant à part et constituant des éditions musicales d'une notation particulière. »

Cette proposition, communiquée aux puissances avant même la Conférence de Paris, avait surtout préoccupé l'Allemagne; dans ce pays en effet, l'industrie des phonographes et des instruments de musique mécaniques était particulièrement prospère ; une telle proposition n'allait-elle pas apporter à son commerce un coup fatal ?

Sur l'invitation du chancelier de l'Empire, une conférence d'experts s'était réunie le 20 janvier 1896 au Ministère des Affaires étrangères à Berlin afin d'émettre son avis sur la proposition préparée par l'administration française avec le concours du Bureau International de Berne ; cette délibération dura trois jours ; le résultat en fut tenu secret, cependant il est permis de croire, d'après l'attitude de l'Allemagne à la conférence, qu'il dut être hostile (1) à notre proposition ;

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1896, p. 31.

l'Allemagne allait en effet la faire échouer par sa mauvaise volonté évidente, en soulevant à chaque mot de nouvelles difficultés.

Voici d'ailleurs ce que le mémoire allemand relatait à ce sujet : « L'industrie, y est-il dit, ne s'est pas développée de la même manière dans tous les pays ; dans les uns elle fabrique de préférence des morceaux mobiles (interchangeables), dans d'autres des instruments à morceaux fixes. Il serait injustifiable d'intervenir dans le développement et dans la concurrence loyale entre ces diverses industries par des prescriptions légales qui favoriseraient les uns au détriment des autres. Une prohibition générale blesserait d'antiques coutumes et habitudes qui ont de fortes racines dans le peuple. Il serait peut-être impossible d'obtenir l'assentiment de l'Assemblée législative de l'Allemagne pour une semblable prohibition. »

C'étaient surtout des raisons d'opportunité qui avaient poussé l'Allemagne à s'opposer à la proposition française, car elle avait intérêt à protéger l'industrie naissante des herophons, aristons, etc., qui avait pris chez elle un développement rapide, malgré les obstacles que lui avait créés l'interprétation étroite de la Convention de Berne par les tribunaux de l'Empire.

L'œuvre accomplie à la Conférence de Paris constitue, au point de vue général de la propriété littéraire et artistique, un progrès considérable sur la Convention de Berne, mais cette conférence est malheureusement

muette sur la question qui nous préoccupe, nous en connaissons les raisons; la question n'était pas encore mûre pour une législation internationale; bientôt s'imposera à tous les pays la nécessité d'abroger la Convention de 1886 et d'écouter les justes revendications que les auteurs faisaient entendre: c'est cette tâche qui devait être bientôt accomplie à la Conférence de Berlin.

La Conférence de Berlin

Au lendemain de la Conférence de Paris, les auteurs, malgré l'échec de leurs vœux, reprirent énergiquement la lutte pour la défense de leurs droits.

En 1897, le Congrès de l'Association littéraire et artistique internationale réuni à Monaco, décide « qu'il est désirable de supprimer de la Convention de Berne le n° 3 du Protocole de clôture » (1); en 1901 à Vevey, le Congrès émet le même vœu et demande l'extension des droits de l'auteur aux procédés de simple transmission, comme le téléphone (s'il est utilisé pour reproduire dans un but de lucre des œuvres devant un public) ou le phonographe (2); à Weimar en 1903, à Neuchâtel en 1907, à Mayence en 1908, le Congrès vote la suppression de l'article 3: la lutte entre auteurs

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1897, p. 54.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1901, p. 102.

et fabricants devient de plus en plus aiguë, il importe d'apporter à la question une prompte solution.

La Conférence de Paris avait décidé que la réunion suivante se tiendrait à Berlin (1) dans un délai de dix ans ; la date de la Conférence fut reportée à 1908 : il avait en effet été décidé que cette conférence serait précédée d'une révision des conventions particulières signées autrefois entre divers États unionistes ; ce travail préalable n'avait pu être terminé en 1906.

Le 14 octobre 1908, la Conférence ouvrait à Berlin sa session ; 14 États de l'Union y étaient représentés : c'étaient l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, la République de Haïti, le Japon, le duché de Luxembourg, Monaco, la Norvège, la Suède, la Suisse et la Tunisie (2) ; d'autres États, tout en n'ayant pas adhéré à la Convention d'Union, avaient cependant tenu à se faire représenter à la Conférence (3), qui étendait par ce fait son champ d'application ainsi que sa zone d'influence ; à Berne 9 États avaient signé la Conven-

1. On avait choisi Berlin en raison du rôle important joué par la délégation allemande à la Conférence de Paris.

2. La République d'Haïti n'a pas désigné de plénipotentiaire pour la représenter à la Conférence de Berlin mais elle a déclaré accepter d'avance les décisions qui seraient prises.

3. Ce sont : la République Argentine, le Chili, la Chine, la Colombie, l'Équateur, les États-Unis, la Grèce, le Guatemala, la République de Libéria, le Mexique, le Pérou, la Perse, le Portugal, la Roumanie, la Russie, le Siam, l'Uruguay et le Venezuela.

tion, à Paris 11 États avaient adhéré à l'acte additionnel, 3 nouveaux États, le Japon, le Danemark et la Suède, adhéraient à la Convention de Berlin. L'Angleterre déclarait en outre qu'elle entendait étendre les effets de la Convention aux territoires qu'elle avait ajoutés à ses colonies de l'Afrique du Sud.

Le gouvernement allemand, pour donner satisfaction au cinquième vœu de la Conférence de Paris, prépara, en collaboration avec le bureau international, un texte provisoire de convention unique qui devait être soumis à l'approbation de la Conférence.

Ce projet était une révision de la Convention de Berne, article par article, mais, de l'aveu même du gouvernement allemand, « il constituait une simple indication de l'œuvre de coordination qu'il s'agissait d'accomplir en suite des décisions de la Conférence. »

En ce qui concernait les instruments de musique mécaniques et plus particulièrement encore les phonographes, tout était à discuter. Ces instruments avaient, nous l'avons vu, attiré l'attention de tous les pays, quelques-uns avaient déjà légiféré, les autres s'étaient prononcés par l'organe de leurs tribunaux : la Conférence allait avoir à lutter contre ces décisions, et contre cette législation ; les discussions allaient être d'autant plus vives que cette question intéressait la vie économique des nations.

En Allemagne plus qu'ailleurs la question avait sus

citée de nombreuses polémiques : les tribunaux, maintes fois appelés à trancher des différends, avaient rendu des décisions souvent contradictoires ; on savait que la loi de 1901 n'était pas définitive : l'Allemagne était obligée, à Berlin, de prendre nettement parti.

Devant les vœux que les auteurs avaient fait si souvent entendre de toutes les parties du monde, devant l'équité même, l'article 3 du Protocole de clôture de la Convention de Berne ne pouvait être maintenu. Tous les pays, sauf la Suisse (1), étaient d'accord pour le supprimer. Cependant une réglementation internationale s'imposait ; pour répondre à cette nécessité le gouvernement allemand proposa à la Conférence les dispositions suivantes :

« Les auteurs d'œuvres musicales ou leurs ayants cause auront dans les pays de l'Union dans lesquels leurs œuvres sont protégées par la présente convention le droit exclusif : a) de transcrire ces œuvres sur des parties d'instruments de musique servant à reproduire mécaniquement les œuvres musicales ; b) d'autoriser leur exécution publique au moyen de ces instruments.

« Lorsque l'auteur aura utilisé ou permis d'utiliser l'œuvre dans les conditions sus-indiquées, toute personne tierce pourra, en offrant une indemnité équitable,

1. Encore l'opposition de la Suisse ne fut-elle qu'une opposition de style. Nous apprenons en effet, au moment de mettre sous presse que ce pays a adhéré sans réserve à la Convention de Berne révisée (*Le Droit d'Auteur*, journal du 15 septembre 1910).

réclamer le droit de transcription et d'exécution publique défini sous les lettres a) et b) de l'alinéa précédent.

« Il est réservé à la législation intérieure des pays de l'Union de déterminer la manière en laquelle le montant de l'indemnité sera fixé dans les cas litigieux. »

On voit que l'Allemagne, dans le premier paragraphe de ce projet, prenait nettement parti en faveur des auteurs. Son attitude qui contrastait singulièrement avec celle qu'elle avait adoptée en 1896 à la Conférence de Paris, ne fut pas sans surprendre ; l'Allemagne reprenait en effet en 1908 notre proposition de 1896 : quelles étaient les causes de ce brusque revirement ?

Les industriels français qui se montraient les adversaires acharnés de la proposition allemande, n'hésitèrent pas à déclarer que l'Allemagne, en faisant une telle proposition, n'obéissait qu'à des préoccupations économiques et, qu'en adoptant ses vues, on amènerait inévitablement la ruine du commerce des instruments de musique mécaniques et des phonographes. L'Allemagne, disaient-ils, voulait en 1896 faire de cette industrie une industrie allemande ; son but était donc de concurrencer les maisons étrangères sur tous les marchés du monde ; elle voulait alors un commerce libre de toute entrave, c'est pourquoi elle tenait tant au maintien de l'article 3 du Protocole de clôture de

la Convention de Berne ; aujourd'hui, le gouvernement allemand a reconnu que les industries dont il s'agit sont essentiellement françaises et que la France aura seule à souffrir de la Convention nouvelle.

Quelque étrange que puisse paraître ce revirement de l'opinion allemande, nous ne pouvons cependant admettre la thèse de nos industriels ; il est vrai que l'Allemagne était en 1896 hostile à nos propositions mais il est vrai aussi que, depuis cette époque, l'opinion allemande, sous la double influence des congrès et de la jurisprudence, s'était modifiée lentement mais sûrement.

Outre les décisions des tribunaux supérieurs allemands et des congressistes, il convient de remarquer que l'opinion publique en Allemagne était devenue très favorable aux auteurs ; les fabricants eux-mêmes, convoqués à la veille de la Conférence par le ministre de l'Intérieur à Berlin, « n'avaient pas été hostiles au « principe de dédommager le compositeur pour l'exploitation de son œuvre (1). »

L'Allemagne avait simplement estimé que le moment était venu de faire droit aux revendications des auteurs ; cependant elle n'osa pas aller jusqu'au bout de sa théorie et dans son paragraphe 2, elle apportait à la rigueur de son texte un tempérament important en demandant qu'une tierce personne puisse toujours, ne

1. Cf. journal *Le Droit d'Auteur*, année 1907, p. 117.

offrant une indemnité équitable, réclamer le droit de transcription et d'exécution publique d'une œuvre à son auteur.

Ce tempérament avait pour but, dans l'esprit de l'administration allemande, « de sauvegarder les intérêts des petits industriels en les protégeant tout à la fois contre les charges trop lourdes qui pourraient résulter pour eux d'évaluations exagérées de la part des auteurs et éditeurs et contre le danger de l'établissement des monopoles en faveur de quelques industries disposant de grands capitaux. »

Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ce « système des licences », préconisé et adopté aujourd'hui par l'Allemagne (1). Notons toutefois, dès maintenant, que ce second paragraphe n'a pas passé dans la rédaction définitive de la Conférence.

Que devait décider la France en présence de cette proposition? Quelle attitude allait être adoptée dans cette lutte sans merci entre auteurs et fabricants; son passé, sa tendance juridique, son attitude en 1896 lui faisaient un devoir moral de prendre la défense des auteurs.

Dès qu'il fut saisi des propositions de l'Allemagne, le gouvernement français estima que l'importance des questions qui allaient s'agiter à la Conférence de Berlin, nécessitait une étude approfondie du projet: il

1. Cf. plus loin sur le système des licences, pages 139 et suivantes

nomma à cet effet une commission (1) où, tour à tour, auteurs et fabricants eurent l'occasion d'exposer leurs revendications.

Nous connaissons les arguments des auteurs, ils reposent à la fois sur le droit et sur l'équité ; ils invoquaient les principes généraux de notre loi de 1793, en vertu desquels nul ne peut porter atteinte au droit exclusif, au monopole d'exploitation commerciale conféré par la loi à l'auteur. C'était, rappelons-le, la thèse qu'avait adoptée la Cour de Cassation dans son arrêt du 21 juillet 1908 ; les auteurs invoquaient en outre leur droit moral en vertu duquel nul ne peut porter atteinte à l'intégrité d'une œuvre sans l'autorisation de l'auteur.

Si, en droit, les fabricants ne pouvaient triompher, les arguments de fait qu'ils invoquaient méritaient cependant un sérieux examen, car de la solution adoptée, devait dépendre, d'après eux, l'avenir de toute une industrie ; « il y avait, disaient-ils, 2.000 maisons de commerce ou de fabrication, 135 millions d'affaires, 100.000 ouvriers ou employés, il y avait aussi que ces industries

1. Cf. Exposé des motifs du projet de loi portant approbation d'une Convention d'Union internationale conclue à Berlin le 13 novembre 1908, ayant pour effet de reviser, de modifier et de remplacer : 1° la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, l'acte additionnel et le Protocole de clôture joints à la même convention ; 2° l'acte additionnel et la déclaration interprétative de Paris du 4 mai 1896. *Journal officiel*, Annexe n° 2407 au procès-verbal de la séance du 25 mars 1909.

où sont engagés de si puissants intérêts se sont établies et développées à l'abri et sur la foi, en quelque sorte, de notre loi de 1866 (1). »

Après de nombreuses commissions et sous-commissions (2), la victoire devait enfin rester aux auteurs.

La Conférence de Berlin avait institué dans sa seconde séance plénière une commission (3) chargée de la rédaction du projet de Convention et du rapport qui devait être présenté à la commission ; ce fut M. Louis Renault, un des délégués de la France, qui fut chargé de cette rédaction ; la tâche était délicate, et il ne fallait pas moins de toute la diplomatie et de tout le tact de notre ministre plénipotentiaire pour mener l'œuvre entreprise à une fin utile. On allait en effet sur des questions neuves telles que celles du phonographe et du cinématographe, demander l'adhésion de quatorze États unionistes dont les tendances étaient loin d'être les mêmes. Il fallait donc que les articles qui devaient être soumis à l'adhésion des puissances contractantes fussent conçus en des termes à la fois assez larges pour

1. Cf. Rapport présenté à la Commission interministérielle chargée de préparer la participation de la France.

2. Les délibérations de ces commissions n'ont pas été livrées à la publicité.

3. Cette commission de rédaction était composée de MM. Dungs et von Goebel (Allemagne), de Borchgrave (Belgique), G. Lecomte et Renault (France), Sir Henry Bergue et Askwith (Grande-Bretagne), Ferrari (Italie), Baron de Ugglas (Suède).

recueillir l'adhésion de tous et assez précis pour que la Conférence ne fût pas ce qu'on pourrait appeler une « Conférence de style » sans but pratique et sans portée.

La Commission avait notamment pour les instruments de musique mécaniques une mission délicate à remplir. La France n'avait fait aucune proposition : elle avait dès le début réservé sa rédaction et ne voulait pas, en apportant à la Commission le poids de sa décision, faire adopter à la Conférence des vues qui auraient pu rencontrer des adversaires irréductibles.

Il y eut en face ou à côté de la proposition allemande d'autres projets qui obligèrent les rédacteurs du projet définitif à beaucoup de circonspection.

A côté de l'Espagne qui proposait une rédaction sensiblement pareille à celle de l'Allemagne, il faut citer l'Italie qui proposa de « maintenir uniquement le premier alinéa de la proposition de l'administration allemande et de supprimer les alinéas 2 et 3 » ; et la Suisse qui, par amour-propre national, proposait purement et simplement « le maintien du n° 3 du Protocole de clôture de 1886 ».

Enfin la Grande-Bretagne demandait qu'on maintînt le premier alinéa de la proposition de l'administration allemande et qu'on y ajoutât aux lieu et place des alinéas 2 et 3 de cette proposition un second alinéa ainsi conçu : « Les réserves et conditions relatives à l'application de cet article seront déterminées dans

« les pays de l'Union chacun pour ce qui le concerne
« par la législation intérieure » ; c'est cette proposition légèrement modifiée qui allait passer dans le texte définitif de la Conférence.

Voici en effet le texte sur lequel toutes les puissances se mirent d'accord :

« Article 13, alinéa 1. — Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser : 1° l'adaptation de ces œuvres à des instruments servant à les reproduire mécaniquement ; 2° l'exécution publique des mêmes œuvres au moyen de ces instruments.

« Alinéa 2. — Des réserves et conditions relatives à l'application de cet article pourront être déterminées par la législation intérieure de chaque pays en ce qui le concerne, mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité aux pays qui les auront établies.

« Alinéa 3. — La disposition de l'alinéa 1^{er} n'a pas d'effet rétroactif et par suite n'est pas applicable, dans un pays de l'Union, aux œuvres qui, dans ce pays, auront été adaptées licitement aux instruments mécaniques avant la mise en vigueur de la présente Convention.

« Alinéa 4. — Les adaptations faites en outre des alinéas 2 et 3 du présent article et importées sans autorisation des parties intéressées dans un pays où elles ne seraient pas licites, pourront y être saisies. »

Si nous avons cité cet article 13 dans son entier, c'est pour que le lecteur puisse en saisir immédiatement

l'esprit et se rende bien compte que, devant les difficultés de rédaction, on a dû surtout obéir à un esprit de conciliation qui était la condition même d'existence de la Convention.

Cet article 13 présente un grand progrès sur les dispositions antérieures et si, contraint par des nécessités diplomatiques, il laisse encore la porte ouverte à des lois d'exception, il consacre néanmoins, de façon certaine, le droit des auteurs, et prépare une prochaine législation internationale qui affirmera définitivement le triomphe des auteurs.

L'alinéa 1^{er} de l'article 13 réserve donc à l'auteur le droit exclusif d'autoriser l'adaptation de ses œuvres et leur exécution publique au moyen des « instruments servant à les reproduire mécaniquement » ; et sous cette large dénomination, la Conférence de Berlin a entendu placer aussi bien les instruments de musique mécaniques que les phonographes ; ceci ressort très nettement tant des discussions qui eurent lieu au sein de la Commission que de l'exposé des motifs et aucune discussion ne peut naître dans l'avenir de ce chef.

Dans le Protocole de Berne il n'avait pas été question de l'exécution publique ; déjà en 1886, il est vrai, la question de l'exécution publique avait été résolue dans la plupart des pays unionistes par une jurisprudence constante en faveur des auteurs (1) ; la Suisse

1. Sur l'exécution publique, cf. plus haut, p. 28 et 29.

même, cet ennemi irréductible du droit des auteurs en ce qui concerne les instruments de musique mécaniques, ne leur avait pas nié ce droit (1); aussi à la Conférence de Berne la discussion qui devait porter sur le point de savoir « si l'exécution publique au moyen d'instruments mécaniques, de morceaux empruntés au domaine privé constituait ou non un délit (2) était demeurée sans écho. Il n'était cependant pas inutile de consacrer définitivement ce droit d'exécution publique.

Sur cette question d'exécution d'ailleurs, « l'entente s'est facilement établie et les délégations qui auraient d'abord préféré que la question de l'exécution fût laissée distincte, n'ont pas insisté (3). »

Quant au droit de reproduction, il ne pouvait y avoir de discussion sur le principe; malgré une légère résistance de la Suisse, toutes les puissances souscrivirent à la rédaction de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} dont nous avons plus haut donné le texte et qui reconnaissait aux auteurs les droits que leur avaient conférés en France nos lois de 1791 et de 1793.

Malheureusement, ce principe allait être battu en

1. Cf. loi suisse du 23 avril 1886, art. 11, 11°; Lyon-Caen et Delalain, t. I, p. 547.

2. Lyon-Caen et Delalain, t. II, p. 231, note 1.

3. Cf. Rapport présenté à la Conférence au nom de la commission, annexe n° 2402 au procès-verbal de la séance du 25 mars 1909, p. 52 et suivantes.

brèche dans l'alinéa suivant ; la proposition allemande de licence avait soulevé, au sein même de la commission, « une assez vive opposition de la part d'un certain nombre de délégations dont la législation ne contenait rien de semblable. On a vite constaté qu'il serait impossible d'arriver à une entente au sujet de la teneur des restrictions qu'il serait convenable ou opportun d'apporter au droit de l'auteur. »

On ne pouvait, en effet, empêcher l'Allemagne, sous peine de rupture, d'adopter chez elle ce système : c'est pour parer au conflit qui aurait pu naître sur ce point que la Grande-Bretagne, dans un but de conciliation, proposa un projet de rédaction qui devint l'alinéa 2 de l'article 1^{er}.

Aux termes de cet alinéa les pays unionistes pourront donc, tout en adhérant à la nouvelle convention, prendre dans leur loi interne toutes dispositions législatives qu'ils jugeront convenables, et faire toutes réserves sur l'application de l'alinéa 1^{er}.

Cependant, si on donnait aux puissances la possibilité de légiférer comme bon leur semblerait, encore ne fallait-il pas qu'à l'abri de l'alinéa 2, elles pussent imposer aux autres pays leur manière de voir ; aussi le comité de rédaction a-t-il décidé sur ce point que « toutes « réserves et conditions n'auraient qu'un effet strictement limité aux pays qui les auront établies. »

Il fallait reconnaître avec les industriels que le commerce des instruments de musique mécaniques et des

phonographes s'était librement et largement développé en France, sous la protection de la loi de 1866, de l'article 3 du Protocole de Berne et des traités internationaux ; l'article 13 supprimait l'article 3 de la Convention de Berne et cependant les fabricants qui avaient valablement enregistré sur leurs phonogrammes des airs de musique non tombés dans le domaine public, avaient agi conformément à leur droit. On pouvait leur retirer le droit de reproduction pour l'avenir, mais on ne pouvait revenir sur ce qui avait été fait et c'est pour répondre à cette idée que la délégation française avait déclaré que son adhésion au principe de la proposition allemande était subordonnée à la non-rétroactivité de ce principe.

Ce principe dicté par la plus élémentaire équité ne souleva à la Conférence aucune objection ; la règle nouvelle ne devait donc s'appliquer, aux termes de l'alinéa 3, qu'aux œuvres publiées après la mise en vigueur de la Convention de Berlin ; quant aux œuvres qui lui seront antérieures, celles qui auront été licitement adaptées aux instruments de musique mécaniques, elles ne pourront bénéficier de cette convention.

En résumé, si les adaptations d'œuvres musicales étaient licites avant la convention et d'après la législation intérieure, ces adaptations resteront licites en vertu du principe de la non-rétroactivité posé par l'alinéa 3, mais si la reproduction était illicite, elle ne sera pas couverte par cette nouvelle disposition.

On lit dans les commentaires dont le comité de rédaction a fait suivre cet alinéa : « Il est d'ailleurs entendu que la faculté laissée aux pays de l'Union par l'alinéa 2 s'étend au règlement de l'effet rétroactif » ; cette extension de l'alinéa 2 a provoqué la protestation de la délégation italienne qui semble regretter cette latitude donnée aux puissances de faire des réserves ultérieures, même sur les effets rétroactifs et qui demande que toutes réserves tendant à rendre licite ce qui ne l'est pas ou à exclure les œuvres publiées des avantages du traitement nouveau, soient déclarées en contradiction avec le principe proclamé.

Cet alinéa 3, malgré son apparente simplicité, a soulevé par la suite de nombreuses difficultés d'interprétation : nous en dirons quelques mots, en commentant le texte adopté à la Conférence de Berlin, dans le chapitre suivant.

Une dernière disposition a été prise dans un quatrième alinéa à la demande de la délégation italienne : l'Italie en effet, ainsi que nous l'avons vu, a fait aux auteurs une situation tout à fait privilégiée : leurs droits y sont depuis longtemps reconnus et aucune adaptation, aucune reproduction, ne peut être faite sans leur consentement ; l'Italie s'est à juste titre émue de la situation que créaient pour elle les alinéas 2 et 3 : elle craignait l'introduction chez elle des disques qui auraient été valablement adaptés sous l'empire des lois internes, elle redoutait ainsi une concurrence déloyale de la part

des industries étrangères qui, n'ayant pas à payer de droits aux auteurs, étaient trop bien armées pour la lutte.

La Convention de Berne avait déjà pris, à une autre occasion, des dispositions relatives à ce point ; elle avait déjà décidé, dans un article 12, que « dans les pays où l'œuvre a droit à la protection légale on pourra saisir aussi les reproductions provenant d'un pays où l'œuvre n'est pas ou n'a pas cessé d'être protégée. » Le comité de rédaction avait pensé qu'en présence de cet article une déclaration expresse était inutile ; devant l'insistance de la délégation italienne il rédigea l'alinéa 4 qui faisait droit aux justes revendications de l'Italie.

Nous avons voulu, dans cette brève analyse de l'article 13, donner un aperçu général de l'œuvre qui avait été accomplie à Berlin : collaboration active et éclairée des jurisconsultes les plus éminents de notre époque, elle constitue sur le passé un progrès incontestable et reste, malgré les quelques critiques dont elle pourra être l'objet, l'un des plus beaux monuments de l'histoire juridique des peuples.

EXAMEN CRITIQUE DE LA CONFÉRENCE DE BERLIN

Les difficultés de rédaction et les divergences de vue qui expliquent l'imprécision du texte. — Les auteurs d'œuvres littéraires sont-ils protégés? — *Quid* des œuvres littéraires accompagnées de musique? — Le principe de non-rétroactivité : les points que le texte volontairement n'a pas élucidés. — La question du surmoulage. — Le système de la licence : ses inconvénients en droit et en fait ; son application aux États-Unis : loi du 4 mars 1909 ; en Allemagne : loi du 22 mai 1910. — Efforts tentés au lendemain de la Conférence : le Congrès de Copenhague. — Les puissances préparent leur adhésion : les commissions. — Les adhésions au texte de la Conférence. — État de la question en Italie, en Angleterre, en France.

Le projet de Convention élaboré à Berlin obtiendra la ratification des pouvoirs législatifs des hautes puissances contractantes et peut-être l'adhésion spontanée des autres pays convaincus de la nécessité d'une réglementation internationale.

Prise dans son ensemble, cette Convention représente une codification complète des droits de tous les artistes et de tous les auteurs, et si, sur quelques points encore, les termes larges dont elle s'est servie peuvent, dans une certaine mesure, rendre illusoire telle de ses dispositions, il ne faudra jamais oublier que cette

imprécision du texte a toujours été nécessitée par des considérations d'ordre diplomatique.

Cette critique d'imprécision était soulevée par les auteurs au lendemain même de la Conférence: ils constataient avec amertume que cette Conférence, dans son légitime désir d'acquérir le plus grand nombre d'adhésions, après avoir demandé aux puissances de se soumettre à certaines obligations, leur donnait en même temps le moyen de s'y soustraire. Ils auraient préféré qu'on établît un projet de convention sans échappatoires ni faux-fuyants. Peu d'États, au début, auraient adhéré à cette convention modèle, mais les autres nations y auraient par la suite apporté leur adhésion en vertu de cette loi de statique internationale que « c'est l'État le plus « en progrès qui attire à lui les autres États dès que « ce progrès est théoriquement reconnu par eux (1). »

Force nous est de constater avec les auteurs qu'à la Conférence de Berlin, si la reconnaissance des droits des auteurs est en principe reconnue, elle subit en fait des atteintes qui peuvent conduire jusqu'à sa propre négation: c'est ainsi en effet que l'article 27 après avoir dit que « la présente Convention remplacera, dans les rapports entre les États contractants, la Convention de Berne du 9 septembre 1886 y compris l'acte additionnel et le Protocole de clôture du même jour ainsi que l'acte additionnel et la déclaration interprétative du

1. Bricon. *Origine des Conventions*.

4 mai 1896, et que les actes conventionnels précités resteront en vigueur dans les rapports avec les États qui ne ratifieront pas la présente convention », ajoute que « les États signataires de la présente convention pourront, lors de l'échange des ratifications, déclarer qu'ils entendent sur tel ou tel point rester encore liés par les dispositions des conventions auxquelles ils ont souscrit antérieurement. »

En ce qui concerne les instruments de musique mécaniques particulièrement, cette restriction aurait pu avoir des conséquences fâcheuses, puisqu'il était loisible à un État, aux termes de la Convention, de se soustraire à des obligations auxquelles d'autres nations auraient pu volontairement se soumettre sur la foi de l'adhésion des autres pays.

Nous avons signalé également l'alinéa 2 de l'article 13 qui diminue considérablement la portée de l'alinéa 1^{er} en autorisant les États à faire, sur le principe reconnu, toutes réserves et modifications qu'ils jugeront utiles.

Si nous constatons avec les auteurs le caractère un peu souple de cette Convention, il est juste cependant de reconnaître que les difficultés soulevées par les susceptibilités nationales rendirent très délicate la tâche des rédacteurs qui préférèrent avoir beaucoup d'adhésions à une convention large que quelques adhésions seulement à une convention précise ; « ce système a le mérite d'assouplir le lien d'union, de permettre

aux États tardigrades de réserver leur adhésion sur des points déterminés et en même temps celui de placer sous leurs yeux, comme un idéal prochain, le régime plus large adopté par la majorité des contractants » (1).

D'ailleurs il faut remarquer qu'il a été bien précisé à la Conférence que, quelles que soient les décisions nouvelles des États, ils resteront cependant liés par les dispositions des actes antérieurs qu'ils auront signés : « L'Union ne force pas ses adhérents à faire tous les mêmes pas en avant, mais elle leur interdit d'en faire un seul en arrière. »

Au surplus la portée morale de la Conférence de Berlin est-elle peut-être la plus sûre garantie de l'attitude des nations, et il y a tout lieu de croire que les seize États représentés à Berlin apporteront leur adhésion au texte de la Convention.

Mais la tâche des puissances signataires ne s'arrêtera pas là ; il faudra, pour éviter un conflit de législation et surtout pour que les nationaux ne soient pas moins favorisés que les étrangers, que les différents pays mettent en harmonie leur législation avec la Convention de Berlin : ce mouvement juridique sera la dernière répercussion de la Conférence de 1908, elle sera aussi la plus utile.

1. Rapport de M. Théodore Reinach. *Journal officiel*, année 1910, annexe n° 326.

La Conférence de Berlin n'avait, dans son article 13, parlé de protection que pour les « auteurs d'œuvres musicales » ; pris à la lettre, ce texte pouvait donner lieu à une fausse interprétation ; puisqu'en effet le texte de l'article 13 ne parlait que des œuvres musicales, n'était-ce pas implicitement reconnaître que seules de telles œuvres pouvaient bénéficier des dispositions protectrices de cet article, et qu'en conséquence étaient exclues de toute protection, et les œuvres musicales accompagnées de paroles (1) et les œuvres littéraires (2) ?

Cette interprétation, due à l'imprécision du texte, ne répond cependant ni à l'esprit de la convention, ni à l'intention des rédacteurs : il est en effet de toute évidence que si l'article 13 consacre dans son alinéa 1^{er} le droit de reproduction et d'exécution des compositeurs de musique sur leurs œuvres, il a, en même temps, et implicitement reconnu que les œuvres littéraires relevaient des principes généraux dont on trouve la consécration dans le texte même de Berlin (3). Si on a fait aux compositeurs de musique une place à part,

1. La loi de 1886 avait dit « air de musique » ; ce qui était d'une acception plus large puisque la Cour de Cassation belge avait décidé que ce terme comprenait sous sa désignation les airs de musique seuls ainsi que les airs de musique avec paroles.

2. Cette interprétation possible de l'article 13 a été donnée en Angleterre au Copyright Committee.

3. Cf. article 2 de la Convention de Berne révisée à Berlin.

c'est que seul, leur droit avait été contesté, puis catégoriquement nié par la loi de 1866 et l'article 3 du Protocole de clôture, qu'il fallait par conséquent un article nouveau pour mettre à néant lois, conventions et jurisprudence.

D'ailleurs M. L. Renault, commissaire du gouvernement, faisait à ce sujet au Sénat, dans la séance du 24 juin 1910, une déclaration qui dissipe toute équivoque. C'est à dessein, disait-il, qu'il n'a pas été parlé dans l'article 13 de la reproduction des paroles par les instruments de musique mécanique et voici les raisons décisives qu'il donne de cette omission voulue :

« Nous avons considéré, *in abstracto*, que la reproduction, « sans autorisation de l'auteur, des airs de musique et « des paroles, était illicite ; voilà le point de départ. « Cette reproduction constitue, en effet, une dérogation « aux principes généraux posés par la loi de 1793. Mal- « heureusement, pour les airs de musique, nous nous « sommes trouvés aux prises avec la Convention de « 1886 qui visait la reproduction par les instruments « mécaniques... Mais, heureusement pour les auteurs « d'œuvres littéraires, il n'existe aucune disposition « semblable en ce qui concerne la reproduction de « leurs paroles ; ils restaient donc sous le bénéfice du « droit commun et du principe absolu (1). »

Si les alinéas 2 et 3 de l'article 13 autorisent les

1. Cf. journal *Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 97 et suiv.

puissances contractantes à faire des réserves et des restrictions, ces puissances pourront-elles user de cette faculté pour les reproductions d'airs de musique avec paroles et de morceaux purement littéraires ; pour ces derniers, il est certain que de telles réserves seraient absolument impossibles ; si l'article 13 ne le dit point textuellement, cela ressort du moins très nettement des travaux préparatoires du texte de la Convention.

La même certitude n'existe pas pour les reproductions d'airs de musique avec paroles : ce délicat problème fut posé et discuté au sein même de la Conférence et, sur ce point encore, la divergence des jurisprudences s'opposait à une solution définitive. Nous avons déjà constaté en effet que si la jurisprudence française limitait strictement l'application de la loi de 1866 aux seuls airs de musique, la jurisprudence belge, au contraire, étendait le bénéfice de l'article 3 de la Convention de Berne aux reproductions des airs de musique, des airs de musique avec paroles et peut-être même des œuvres purement littéraires.

Puisque la jurisprudence avait déjà rencontré de grandes difficultés sur l'interprétation des mots « airs de musique » dont s'était servie la loi de 1866, peut-être eût-il été prudent, encore que le rapport de la Commission ait apporté sur ces points toutes les précisions désirables, que le nouveau texte soumis à la ratification des puissances ne comportât aucun doute, afin d'éviter pour l'avenir ces procès d'interprétation qui sont une

source d'entraves pour le commerce, et de préoccupations pour les auteurs.

Le principe de non-rétroactivité.

Nous avons dit plus haut que l'alinéa 3 de l'article 13 posait le principe de la non-rétroactivité, nous savons en quoi il consiste ; cette disposition « qui excède « de beaucoup la notion ordinaire de non-rétroactivité » (1), ne fut pas sans soulever chez les éditeurs de vives protestations ; nous pensons cependant avec le rapporteur de la loi que « cette concession se justifie par des raisons d'équité envers une industrie intéressante et par la difficulté pratique de fixer et de contrôler pratiquement le chiffre des exemplaires actuellement existants : il ne sera déjà pas trop aisé de fixer celui des « œuvres » reproduites. »

Au surplus, cet alinéa ne souleva-t-il à la Conférence aucune objection de principe (2) ?

Nous avons rapporté plus haut la protestation formulée par la délégation italienne au sujet de cet alinéa.

Très simple dans son principe, la règle de la non-rétroactivité devait rencontrer en pratique de très grandes difficultés d'application : le rapport du Copy-

1. Rapport de M. Th. Reinach à la Chambre, séance du 17 mars 1910 *Journal officiel*, annexe, n° 3226.

2. La France avait fait de l'adoption de cet alinéa une condition nécessaire de son adhésion.

right Committee s'en faisait l'écho en Angleterre dans son rapport et demandait que le législateur apportât sur cette question une précision qu'il estimait nécessaire.

Et d'abord, la première phrase de cet alinéa 3 pouvait aisément prêter à confusion ; en décidant que « la disposition de l'alinéa 1^{er} n'a pas d'effet rétroactif », il n'est pas douteux que les rédacteurs du texte ne songeaient à faire application de cette règle qu'au seul droit de reproduction ; cependant l'alinéa 1^{er} auquel il se réfère, consacre à la fois pour l'auteur et le droit de reproduction et le droit d'exécution publique ; fallait-il en conclure qu'on pût désormais exécuter publiquement, et sans payer de droits d'auteur, toutes les œuvres dont l'adaptation était licite jusqu'à la mise en vigueur de la Convention ?

Cette interprétation dépasserait, à n'en pas douter, la pensée des rédacteurs du projet, et pourtant elle a été très sérieusement préconisée par certains fabricants allemands ; il ne faut voir dans cette formule qu'une légère erreur de rédaction car il n'a pu entrer un seul instant dans la pensée des délégués d'exonérer l'exécution publique de droits qui ont été reconnus toujours et partout par la doctrine et la jurisprudence (1).

D'autres difficultés ont été soulevées à l'occasion de ce texte : l'alinéa 3 en effet s'applique-t-il aux seuls phonogrammes qui ont été fabriqués avant la mise en

1. Cf. *supra*, la note, pp. 28 et 29.

vigueur de la convention ou permet-il au contraire, aux fabricants de fabriquer et de vendre de nouveaux disques reproduisant ces airs de musique ? Cette question présente un grand intérêt pratique : si le législateur donne de ce texte une interprétation étroite, les fabricants qui, avant la mise en vigueur de la Convention auront fabriqué un très grand nombre de disques reproduisant des airs de musique non encore tombés dans le domaine public, vont avoir sur leurs concurrents un avantage certain mais injustifié ; aussi la solution dans le sens le plus large nous paraît être la seule équitable ; des difficultés de contrôle suffiraient seules d'ailleurs, à la consacrer (1).

Un autre point à résoudre est celui de savoir si seuls, pourront continuer à fabriquer les phonogrammes reproduisant tel air de musique, les industriels qui les avaient fabriqués avant la mise en vigueur de la Convention ? Ou si au contraire le bénéfice de l'alinéa 3, peut être invoqué par tous les fabricants sans distinction : c'est cette dernière opinion qui nous paraît la plus conforme à l'esprit et à la lettre du projet de Convention ; encore qu'elle puisse porter aux auteurs un assez grand préjudice, il faut reconnaître à cette solution le précieux avantage de mettre tous les fabricants sur le même pied d'égalité.

Enfin les airs de musique non encore tombés dans

1. C'est l'interprétation qu'a donnée le Copyright Committee.

le domaine public et qui auront été reproduits par tel instrument, le phonographe par exemple, pourront-ils, après la mise en vigueur de la Convention, être reproduits par le seul phonographe ? Pourront-ils, au contraire, être reproduits sur tous les autres instruments mécaniques tels que pianolas, orchestrons, etc. ?

Là encore, il faut, croyons-nous, donner à l'alinéa 3 son interprétation la plus large ; cependant nous pensons avec le rapporteur de notre projet de loi que le bénéfice de cet alinéa ne s'étend qu'aux seuls morceaux adaptés et que si tel morceau a été tiré d'un opéra par exemple, il ne s'ensuivra pas que tout l'opéra puisse être uniformément reproduit (1).

On voit par cette rapide analyse combien l'article 13 laisse encore après lui d'imprécision et de doute : ce sera la tâche des législations internes, après avoir adhéré à la convention, de parer à cet inconvénient, en établissant d'une façon indiscutable les droits et les devoirs de chacun.

La question du surmoulage

Nous avons vu que l'adaptation d'une œuvre quelconque et plus particulièrement d'une composition musicale sur un phonogramme oblige les fabricants à de très grosses dépenses ; le phonogramme ainsi obtenu

1. Cf. Théodore Reinach, *loc. cit.*

demeure la propriété de celui qui l'a *édité*; aussi convient-il de placer, en face du droit des auteurs, le droit des fabricants, invoqué en maintes occasions par eux pour poursuivre en contrefaçon ceux qui, surmoulant le phonogramme qui ne leur appartient pas, obtiennent sans aucun frais des rouleaux parfaitement semblables à l'œuvre originale.

Cette question du surmoulage n'a point été résolue à la Conférence de Berlin; on a estimé à juste titre que les revendications des fabricants sur ce point s'appuyaient sur les principes généraux de la propriété industrielle et ne nécessitaient donc pas un texte spécial. Cependant M. Wauvermans, délégué de la Belgique, a fait au sujet du surmoulage une déclaration dans laquelle il demande que « les législations internes contiennent » des dispositions nécessaires « pour « mettre fin aux actes de pillage dont les fabricants se « plaignent ».

En France, la jurisprudence a toujours fait droit sur ce point aux revendications des industriels (1): une législation interne n'aurait donc qu'à confirmer cette heureuse tendance.

1. Cf. Huard et Mack. *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, n° 925 bis.

Le système de la licence

Nous avons exposé les difficultés que les rédacteurs avaient rencontrées dans la rédaction du projet qui devait devenir le texte définitif de la Convention de Berne révisée.

L'alinéa 2 de l'article 13 fut peut-être le texte qui provoqua le plus de discussions au sein de la Commission: c'est à son occasion en effet que fut discuté « le système des licences » dont nous avons parlé incidemment au cours de cette étude et sur lequel nous voulons quelque peu insister.

Le système des licences est des plus simples: en vertu de son principe, l'auteur reste libre de refuser d'une manière absolue l'autorisation d'adapter son œuvre à des instruments mécaniques; mais dès qu'il accorde à un fabricant l'autorisation de reproduire ses œuvres, il est obligé d'accorder à tous autres fabricants qui lui en font la demande, une semblable autorisation, à charge par eux de lui payer une indemnité équitablement déterminée.

Le compositeur a donc, d'après ce système, toute liberté de donner ou de refuser une autorisation à celui qui la demande le premier, mais lorsqu'il aura donné une licence, il n'aura pas le droit de la refuser à d'autres ou de faire à d'autres des conditions impossibles.

L'administration allemande, dans son exposé des

motifs, nous apprenait le véritable but de la proposition qui consistait à « sauvegarder les intérêts des petits industriels en les protégeant tout à la fois contre les charges trop lourdes qui pourraient résulter pour eux d'évaluations exagérées de la part des auteurs et éditeurs et contre le danger de l'établissement de monopoles en faveur de quelques industriels disposant de grands capitaux (1). »

Le système de la licence n'est d'ailleurs pas une invention allemande : on trouve déjà son application en Suisse où une loi du 23 avril 1883 « permet dans son article 19, § 3, la reproduction des œuvres littéraires et artistiques moyennant une indemnité qui, à défaut d'entente avec l'auteur, est fixée par le tribunal fédéral » ; c'est également le système préconisé aux États-Unis par le Copyright Act, lequel a été mis en vigueur le 4 mars 1909 et qui impose le paiement d'un tantième de 2 cents pour chaque rouleau reproduit (1).

L'Allemagne avait déjà inauguré ce système dans sa législation relative aux brevets d'invention ; elle avait, outre ce précédent, une raison sérieuse pour la déterminer à l'adoption de ce régime : sa crainte des monopoles, en effet, n'était pas chimérique. Les États-Unis projetaient, paraît-il, de s'entendre avec les principaux auteurs et compositeurs pour créer en leur

1. Cf. Annexes, pp. 147 et 148.

faveur un monopole qui supprimerait toute concurrence. Il est certain que si ces craintes se réalisaient un jour, la situation des industriels de second ordre se trouverait singulièrement compromise.

Au reste ce danger est à redouter en Allemagne comme partout ailleurs et cependant il est à remarquer que les industriels français ne se sont jamais montrés partisans de ce système (1).

Sans prendre dans le débat une attitude hostile, la France ne se montra cependant pas, à la Conférence de Berlin, partisan de ce système : de sérieuses raisons expliquaient son attitude.

En droit d'abord, comment justifier ce système ? en vertu de quel principe en effet, un compositeur serait-il forcé de permettre à un autre reproducteur de faire cette même reproduction en payant un prix arbitraire fixé par la loi ? Le droit qu'un auteur a sur ses œuvres est un droit absolu ; pourquoi faire aux compositeurs de musique et aux auteurs en général un régime spécial ? pourquoi leur imposer cette tyrannie ? Serait-ce parce que les instruments de musique mécaniques ont toujours été soustraits, en partie au moins, à la législation de droit commun, qu'il faut faire bénéficier aujourd'hui les fabricants d'un dernier régime de faveur ?

Le principal motif invoqué par les partisans du système de licence est que de très importantes maisons

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1910.

ont été créées et se sont développées sous l'empire des lois protectrices (1), que cette protection légale ne peut leur être brusquement retirée ; mais, comme le faisait fort bien observer un auteur anglais, « cet argument est plus sentimental que juridique et si par hypothèse on supposait qu'une loi ait pendant un certain temps protégé les voleurs, ne semblerait-il pas étrange, si une nouvelle loi les faisait tomber à nouveau sous le régime du droit commun, de les voir se réclamer encore de la protection passée, en déclarant que cette protection avait favorisé leur industrie. »

A l'argument tiré par les fabricants de la crainte du monopole, on peut répondre d'abord qu'il n'est pas absolument certain qu'un fabricant puisse monopoliser à son profit tous les droits de reproduction des compositions musicales ; certains auteurs refuseraient peut-être, par patriotisme, de contracter avec une maison étrangère, mais ce monopole fût-il possible, qu'il n'y aurait aucune raison d'y apporter des entraves : la même situation en effet existe pour les éditeurs et ces derniers n'ont pourtant jamais réclamé l'application du système de licence ; cependant pour les éditions comme pour les phonogrammes, il y a possibilité de

1. M. Th. Reinach, dans son rapport, donne sous toutes réserves les chiffres suivants pour l'année 1908 en ce qui concerne les phonographes : 1.200 maisons, 50.000 ouvriers et employés (la seule maison Pathé à Chatou en occupe 5.000), 35 millions d'affaires dont 12 pour l'exportation.

créer un monopole : un seul éditeur publie *Faust*, un seul aussi publie les œuvres de Massenet et pourtant ces grosses maisons d'édition n'empêchent pas les autres maisons de subsister (1).

Au surplus, ce système de licence présente bien des inconvénients pratiques : il oblige d'abord les auteurs à aliéner leurs droits à un taux très bas : il est certain en effet qu'un fabricant de phonographes ne voudra pas payer très cher la permission de reproduire une œuvre musicale qu'un autre fabricant pourra reproduire immédiatement après, en payant une licence dont le montant serait fixé par la loi ou un tribunal et qui serait forcément peu élevé (2).

Les fabricants, d'autre part, demandent l'application du système de licence pour éviter le monopole, pour empêcher notamment que les maisons américaines ne traitent avec les auteurs de tous les pays ; or il convient d'observer que ce système n'écarte pas le danger de concurrence étrangère : car si ce système est institué dans plusieurs pays, ces pays ne pourront en réserver le seul bénéfice à leurs nationaux et devront en faire profiter les étrangers par mesure de réciprocité : ce

1. Il faut cependant noter qu'en Italie la maison Ricordi a un monopole de fait pour l'édition de presque toutes les compositions musicales italiennes, mais ce n'est là qu'une conséquence du libre développement du commerce.

2. Si le taux de licence était élevé, l'inégalité existerait à nouveau entre les différentes maisons qui ne peuvent faire toutes les mêmes sacrifices.

sera donc la porte ouverte à la concurrence étrangère.

Le système de la licence ne protégerait d'ailleurs que les intérêts de quelques fabricants et n'éviterait pas, en fait, le monopole car en admettant que tous les fabricants pussent reproduire des airs de musique, en les adaptant au phonographe, il n'appartiendra qu'aux maisons importantes de les faire interpréter par des artistes en renom qui ne consentiront à chanter que pour des sommes très élevées (1) : ce sera là le véritable monopole, « l'élément principal du succès qui échappera toujours à l'action de la loi (2) ».

Les auteurs objectent en outre, à juste titre, qu'ils ont toujours le droit moral de contrôler le mode dans lequel leurs œuvres sont reproduites et la nature des instruments qui les reproduisent, or ce droit leur est enlevé sous le régime de la licence puisque tout le monde pourra reproduire une œuvre et sur n'importe quel appareil.

Cependant malgré ces objections, l'Allemagne qui avait pris à la Conférence l'initiative de la proposition, a persisté dans ses intentions et le projet de loi allemand du 15 février 1910 ainsi que la loi allemande du 22 mai 1910 (3) consacrent ce système qui s'ap-

1. En 1906 M^{me} Melba a reçu de la Compagnie « le Gramophone » 250.000 francs et Tamagno 125.000.

2. Ce sont les phonogrammes qui reproduisent paroles et musique qui ont, en fait, le plus de succès.

3. Voir Annexes, p. 167 et suivantes.

plique même aux œuvres musicales comportant un texte. L'article 22 *c* du projet de loi disposait que l'auteur pourrait refuser l'autorisation, même déjà donnée, à un fabricant « lorsque l'instrument pour lequel elle « est demandée est de nature à ne permettre qu'une « reproduction tellement inférieure au point de vue « musical que l'auteur ne saurait être tenu de la sup- « porter » (1) : cet article ne figure pas dans le texte de la nouvelle loi : on ne peut que regretter cette omission dans un pays où, par suite de l'âpreté de la lutte commerciale, on fabrique, à très bas prix, des phonographes dont les reproductions n'ont, le plus souvent, aucun caractère artistique.

Ce système est appliqué aux États-Unis depuis la loi du 4 mars 1909.

En Angleterre, le rapport du Copyright Committee est peu favorable au système des licences ; il conclut, avec cette intuition commerciale qui fait la force de ce pays « qu'il est généralement admis en Angle- « terre que la liberté est encore ce qui profite le plus « à toutes les industries et que d'ailleurs ce système « comporterait de trop grandes difficultés d'applica- « tion (2). »

Nous avons vu qu'en France, depuis l'arrêt de 1905, seuls les airs de musique sans paroles sont admis au

1. Voir Annexes, p. 183.

2. Cf. Report on the law of Copyright, p. 25.

bénéfice de la loi de 1866; pour les airs accompagnés de paroles et pour les paroles seules, on applique le système du droit commun qui consiste à laisser traiter de gré à gré, auteurs, compositeurs et fabricants (1).

Ce système de droit commun a donné jusqu'ici des résultats satisfaisants; il n'y a donc aucune raison pour adopter chez nous le système des licences qui présente les graves inconvénients que nous avons signalés.

D'ailleurs, l'exposé des motifs du projet de loi présenté à la Chambre des députés et tendant à l'approbation de la Convention (2) est nettement hostile à ce système; M. Th. Reinach dans son rapport, tout en ne se prononçant pas de façon catégorique, en souligne tous les inconvénients; il y a donc tout lieu d'espérer que le système des licences obligatoires ne sera pas consacré par la législation française.

1. Plusieurs sociétés se sont fondées en France pour servir d'intermédiaire entre auteurs et fabricants; la Société générale d'édition phonographique et cinématographique par exemple cède aux fabricants le droit de reproduction de certaines œuvres moyennant l'apposition sur chaque phonogramme d'un timbre spécial: ce timbre, pour les disques, se vend à des prix variant entre 20 et 26 centimes et pour les cylindres entre 0 fr. 15 et 1 franc, suivant l'importance de l'œuvre reproduite; pour l'exportation dans les pays où le droit d'auteur n'est pas reconnu le timbre n'est que de 25 millimes.

2. Cf. *Journal Officiel*, Séance du 25 mars 1909. Annexe n° 2402.

CONSÉQUENCES DE LA CONFÉRENCE DE BERLIN

Les auteurs, qui venaient de remporter à la Conférence de Berlin un premier succès, ne restèrent point sur leurs positions si difficilement acquises ; le 21 juin 1909, l'Association littéraire et artistique internationale tenait à Copenhague un nouveau congrès qui fit de la nouvelle Convention une étude très minutieuse et très approfondie. Tout en se réjouissant de la victoire, ce congrès formula cependant contre l'article 13 des critiques assez sévères : il regrettait que la Conférence ait adopté les alinéas 2 et 3 singulièrement restrictifs du droit des auteurs, et qui « paralysent en réalité le droit reconnu par l'alinéa 1^{er} ; il demandait que l'alinéa 3, qui établit la non-rétroactivité du principe de l'alinéa 1^{er} fût interprété en ce sens que la liberté de reproduction, maintenue par les dispositions transitoires, ne s'entendit que des reproductions qui étaient licites, soit d'après la Convention, soit d'après la législation antérieure, et ne dût s'appliquer qu'à la reproduction par les mêmes fabricants de ce qui a été effectivement

utilisé et seulement pour le même genre d'instruments » (1).

Le congrès de Copenhague est le dernier mouvement international relatif aux droits d'auteur (2); sa revue critique de la Convention révisée de Berne a eu, dans tous les pays, une répercussion d'autant plus efficace que partout l'attention des législateurs avait été attirée sur le texte de cette convention auquel ils devaient tôt ou tard adhérer.

Au lendemain de la Conférence en effet, quelques pays, parmi ceux qui étaient le plus économiquement intéressés à la question, instituèrent des commissions où auteurs et fabricants devaient à nouveau faire entendre leurs revendications; ces commissions, en même temps qu'elles préparaient l'adhésion de leur pays à la Convention, avaient pour mission d'étudier les réserves ou modifications qu'il serait utile d'y apporter.

La Conférence ayant eu lieu à Berlin, l'Allemagne avait tenu à être la première à apporter son adhésion au nouveau texte qu'elle adopta le 18 mai 1909 sans débat et sans aucune réserve; au cours de la délibération M. le

1. *Bulletin de l'Association littéraire et artistique internationale*, octobre 1909, page 83.

2. Au moment de mettre sous presse nous apprenons qu'un nouveau congrès de l'Association littéraire et artistique s'est tenu à Luxembourg du 2 au 5 septembre 1910; on y a retracé, de façon très précise, les progrès accomplis depuis la Conférence de Berlin.

D^r Dungs (1), conseiller rapporteur au Département de la Justice et commissaire du Conseil fédéral au Reichstag, annonçait que bientôt « l'autorité législative serait nantie d'un projet de loi d'exécution de la nouvelle convention, destiné à régler divers points en harmonie avec les résolutions de la Conférence de Berlin ».

Les compositeurs trouvèrent au Reichstag de chauds partisans « mais plusieurs députés recommandaient d'apporter au texte de Berlin un tempérament par l'institution du système des licences obligatoires. » (2) Quant à l'effet rétroactif de l'article 13, on émit l'opinion de ne faire bénéficier de la non-rétroactivité, pour les airs de musique antérieurs à la Convention, que les seuls genres d'instruments qui en avaient fait l'adaptation avant la promulgation de cette Convention.

De leur côté, les industriels allemands faisaient campagne ; le 7 septembre 1909 le « I^{er} Congrès de l'industrie allemande des machines parlantes » tenu à Berlin votait la motion suivante : « Le Congrès attend sûrement du Gouvernement impérial que, lors de la préparation de la loi concernant l'extension du droit d'auteur aux instruments de musique mécaniques et à leurs parties, les intérêts de l'industrie et du commerce soient sauvegardés efficacement. Le Congrès a demandé aussi l'adoption de dispositions

1. M. Dungs a été l'un des délégués de l'Allemagne à la Conférence de Berlin.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1909, p. 86 et 87.

« propres à empêcher la création de monopole (1). »

Ce projet de loi attendu en Allemagne avec une certaine impatience était publié au cours de février 1910 ; il consacre de très longs articles aux instruments mécaniques. Aux termes de leurs dispositions, « la faculté qui appartient à l'auteur de permettre ou de refuser de prime abord l'utilisation de son œuvre pour des instruments mécaniques est absolue ; par contre dès qu'il a accordé une première permission relative à une utilisation semblable à un premier usager payant, cette faculté subit une certaine limitation en ce qui concerne les œuvres musicales, qu'elles soient accompagnées ou non de texte (2). »

Ce projet de loi était déposé au Reichstag le 12 mars 1910 ; de nombreuses discussions furent soulevées à l'occasion des articles qui nous intéressent. Ce projet de loi, adopté presque sans modifications, est devenu la loi du 22 mai 1910 (3) ; cette loi constitue sur la loi de 1901 un progrès incontestable puisqu'elle consacre la reconnaissance définitive des droits des auteurs et que le régime des licences obligatoires qu'elle organise avec des tempéraments très heureux ne déploie ses effets qu'à défaut d'entente préalable avec l'auteur.

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1909, p. 138.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 33.

3. Cette date est l'anniversaire de la conclusion de la première Convention de Berne de 1886, Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 70.

La Conférence de Berlin avait décidé que les ratifications des hautes puissances contractantes devaient avoir lieu au plus tard le 1^{er} juillet 1910, la convention devant entrer en vigueur, aux termes de son article 29, le 9 septembre 1910 (1). Cependant avant cette date, le représentant du Département des Affaires étrangères de l'empire allemand, d'accord avec le Bureau international, proposait la date du 9 juin 1910 pour l'échange des ratifications.

« Le délai ainsi accordé s'est trouvé être trop court à l'égard de certains pays contractants où les travaux préparatoires ou parlementaires nécessaires pour sanctionner le nouveau régime unioniste avaient subi des retards ou rencontré des obstacles imprévus (2). »

D'après un communiqué adressé à la Presse, la Convention de Berne révisée a été ratifiée par les États suivants dans sa teneur intégrale : Allemagne, Belgique (3), République de Haïti, République de Libéria,

1. Cf. Annexes, p. 181 et suiv., le texte intégral de cette loi et en note l'article 22 c du projet de loi qui, ne figurant pas dans la loi nouvelle, constitue la seule différence importante entre les deux textes.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 74.

3. En Belgique un projet de loi portant approbation de la Convention de Berne révisée avait été déposé par le gouvernement à la Chambre des représentants. L'exposé des motifs rédigé par M. Davignon, ministre des Affaires étrangères, et M. Descamps, ministre des Sciences et des Arts, concluait à l'adoption ; le rapport de M. Wauvermans, député, qui avait été délégué à la Conférence, concluait dans le même sens.

Luxembourg, Principauté de Monaco, Espagne et Suisse. Le Japon, la Norvège et la France l'ont ratifiée en formulant des réserves qui n'ont pas trait aux articles qui nous intéressent.

A l'heure où nous mettons sous presse plusieurs autres États ont dû apporter leur adhésion à la Convention.

En Italie la Chambre a nommé une commission pour donner son préavis sur la Convention de Berne révisée ; tout fait prévoir son adhésion.

En Angleterre, la Convention de Berlin a été l'objet d'un examen très sérieux : le gouvernement britannique avait nommé à cet effet une commission spéciale chargée « d'examiner les divers points sur lesquels la « Convention internationale du droit d'auteur révisée, « était en désaccord avec la loi du Royaume-Uni, y « compris les points qui sont expressément laissés à la « législation intérieure de chaque pays ; elle avait « également à considérer dans chaque cas si cette loi « pouvait être modifiée afin de permettre au Gouver- « nement de donner effet à la Convention révisée (1). »

Cette commission se composait de juriconsultes éminents, d'auteurs et de fabricants (2) ; elle tint 14 séan-

1. Lettre du Comité à l'honorable Winston S. Churchill, ministre du Commerce.

2. Cette commission reçut les dépositions des corporations des fabricants et des juristes. M. Georges Maillard, le distingué président de l'Association littéraire internationale, a même été entendu par cette commission.

ces et de son aveu même, entendit 45 témoins : elle a, dans un rapport très substantiel, résumé le résultat de ses enquêtes et donné, avec une vue nette de la situation, des indications très précises sur l'attitude à prendre par le législateur tant au point de vue interne qu'au point de vue international.

Le rapport conclut que « la Convention révisée, prise dans son ensemble, mérite d'être approuvée, bien qu'elle renferme certaines défectuosités et ambiguïtés imposées par les nécessités inhérentes à un accord international ; qu'elle fait un très grand pas en avant, au delà de la Convention de Berne et celle de Paris. »

La commission se montra défavorable au système de la licence ; nous avons vu plus haut son opinion en ce qui concerne la question de non-rétroactivité (1) ; nous avons vu également qu'elle avait émis le désir que l'article 13 s'appliquât également aux œuvres littéraires (2) : l'avant-projet de loi pour codifier les lois anglaises sur les droits d'auteur et permettre par suite l'adhésion de l'Angleterre à la Convention, sera le reflet de ces décisions libérales.

Il y a tout lieu de croire que l'Angleterre enverra prochainement son adhésion à la Conférence de Berlin (3).

1. Cf. *supra*, p. 135.

2. Cf. *supra*, p. 131, note 3.

3. Nous apprenons au moment de mettre sous presse que le gouvernement anglais a déposé à la Chambre des Communes, le 26 juillet

La Conférence de Berlin allait avoir également en France une très grande répercussion.

Un projet de loi, portant approbation de la Convention de Berne révisée à Berlin, fut déposé à la Chambre des députés le 25 mai 1909 ; ce projet était précédé d'un « exposé des motifs » qui contenait un résumé succinct de la législation du droit d'auteur ainsi qu'un commentaire des articles de ce nouveau texte. En ce qui concerne l'article 13, cet exposé se bornait à constater l'imprécision du texte sans apporter dans le débat aucun élément nouveau ; il concluait à la ratification pure et simple de la Convention de Berlin.

Ce projet de loi fut renvoyé à la Commission de l'Enseignement et des Beaux-Arts ; c'est à cette Commission qu'auteurs et fabricants devaient à nouveau apporter leurs doléances et exposer le bien-fondé de leurs revendications ; toutes les sociétés industrielles furent appelées à donner leur avis ; quatre délégués du Syndicat pour la protection de la propriété intellectuelle résumèrent leurs prétentions (1).

C'est au nom de cette Commission que M. Théodore

1910, un bill en 38 articles codifiant les lois anglaises sur le Copyright. Ce bill déclare sans restrictions que le droit du compositeur de musique comprend le droit de reproduire l'œuvre sur des instruments mécaniques. (J. *Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 118.) L'Angleterre attend vraisemblablement le vote de ce bill avant d'envoyer son adhésion à la Convention.

1. Cf. *Journal Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 15.

Reinach déposait son rapport le 17 mars 1910 (1) : ce rapport contient un exposé très net des problèmes soulevés par la législation nationale et internationale relativement aux droits d'auteur ; nous connaissons déjà ses conclusions, en ce qui concerne la règle de non-rétroactivité et le système des licences :

Après avoir, au début de son rapport, demandé l'adoption du projet de loi, M. Théodore Reinach conclut un peu amèrement :

« Plus on examine le problème, plus on se convainc
« du caractère bâtard et provisoire de la solution
« adoptée à Berlin. »

La Chambre, après une courte délibération, adoptait ce projet de loi dans sa séance du 1^{er} avril 1910 (2).

Le 28 juin 1910, le Sénat et la Chambre des députés adoptaient la loi autorisant le Président de la République à ratifier la convention (3).

La France a envoyé au Bureau de Berne cette ratification le 30 juin 1910 (4).

1. *Journal Officiel*, séance du 17 mars 1910. Annexe n° 3226.

2. *Journal Officiel* du 2 avril 1910, p. 1878-1880.

3. Cf. Annexes, p. 171.

4. Cf. *Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 86.

CONCLUSIONS

Si, dans cette étude de législation française, nous avons réservé à la législation internationale une place très importante, si nous nous sommes un peu attardé sur l'œuvre accomplie à la Conférence de Berlin, c'est que nous l'avons considérée comme un chapitre nécessaire de notre législation nationale. La France qui a toujours été à l'avant-garde du progrès, ne peut se désintéresser de l'évolution des peuples ; leur histoire, leurs idées, leurs conceptions actuelles sont le plus souvent, à travers le prisme déformant du temps et des races, son histoire, ses idées et ses conceptions d'hier. Nous avons eu l'occasion de constater une fois de plus ce dynamisme social en ce qui concerne les instruments de musique mécaniques et le phonographe.

Bien que d'invention américaine, le phonographe a reçu en France un chaleureux accueil ; les premières fabriques de phonographes furent créées chez nous, c'est nous qui les premiers avons donné à cet instrument l'impulsion du départ et qui en avons fait l'objet d'une exploitation industrielle. Notre loi de principe, la loi de 1793, avait, nous l'avons vu, servi de

modèle à d'autres lois étrangères, notre loi de 1866 eut également sur la législation internationale une répercussion certaine, puisque la Convention de Berne transportait intégralement le texte de cette loi dans sa convention ; il a fallu les efforts constants des auteurs, toute la bonne volonté de la France, pour qu'une convention nouvelle, celle de Berlin, vint apporter le changement que les idées et l'équité réclamaient déjà depuis longtemps.

Il faut reconnaître que c'est grâce à ce mouvement juridique, dont tous les pays industriels ont été le théâtre à l'occasion du phonographe, que s'imposa la nécessité d'une réglementation internationale ; Convention de Berne, Conférence de Paris, Conférence de Berlin, tels sont les trois stades de cette évolution importante dont les résultats s'imposent aujourd'hui, moralement du moins, à tous les pays avec lesquels il faut économiquement compter.

Le Bureau de Berne n'a pas encore recueilli toutes les adhésions à la Convention de Berlin ; nous sommes persuadés que tous les États qui ont assisté effectivement à cette conférence souscriront tôt ou tard à son texte, ils sont liés par une obligation morale à laquelle ils ne failliront pas.

Seuls, parmi les puissances dont l'adhésion paraissait nécessaire, l'Autriche-Hongrie et les États-Unis, n'ont pas cru devoir sanctionner ce mouvement international.

L'attitude de l'Autriche-Hongrie n'a d'ailleurs fait

que confirmer les dispositions législatives qu'elle a cru devoir prendre et qui, hostiles aux droits des auteurs, reproduisent textuellement l'article 3 du protocole de clôture de la Convention de Berne (1).

Quant aux États-Unis, s'ils n'ont pas adhéré à la Conférence de Berlin, il faut reconnaître qu'ils ne sont pas, du moins, restés étrangers aux travaux accomplis à Berlin. M. Th. Solberg, chef du Bureau du droit d'auteur à Washington, avait assisté, *ad audiendum*, à la Conférence ; l'intérêt qu'il a porté aux discussions qui eurent lieu, les déclarations mêmes qu'il présenta, étaient le plus sûr garant de l'heureuse influence qu'allait exercer la Conférence de Berlin aux États-Unis (2). Nous avons constaté plus haut que la loi américaine de 1909 s'était largement inspirée des idées nouvelles dont la Conférence avait été le berceau ; si cette loi organise le système de licence, elle proclame néanmoins très hautement le droit absolu de l'auteur sur son œuvre et met les États-Unis au premier rang des pays qui ont consacré législativement ce droit (3).

1. Au moment de mettre sous presse nous apprenons que la jurisprudence hongroise, dans deux arrêts récents, vient d'apporter à cette attitude une heureuse contradiction en déclarant contrefaçon la reproduction sur les disques d'œuvres musicales et littéraires. Cf. *Journal Le Droit d'Auteur*, année 1910, janvier et février.

2. Cf. *Journal Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 43.

3. Il convient également de noter l'attitude des Pays-Bas qui, bien que n'étant pas unionistes, ont déclaré qu'ils déposeraient sous peu un projet de loi portant autorisation d'effectuer l'adhésion des Pays-

Si satisfaisants que puissent paraître les résultats obtenus, il ne faut cependant considérer la Convention de Berlin que comme une étape glorieuse vers la conquête des droits d'auteur ; l'œuvre internationale est accomplie, les principes sont posés ; mais ce sera l'œuvre de la prochaine Conférence d'apporter au texte plus de précision en dissipant des doutes qui peuvent encore exister et en forçant peut-être la décision des pays réfractaires aux idées nouvelles. « L'avenir, disait M. Théodore Reinach en terminant son rapport, est à une législation uniforme dans le double sens du mot : uniforme pour tous les pays unionistes, sans réserve ni condition particulière ; uniforme pour toutes les reproductions mécaniques avec ou sans paroles. Que cette législation soit celle du droit d'auteur pur et simple ou celle de ce droit tempéré par la licence obligatoire, peu importe : la prochaine Conférence internationale aura à régler définitivement la question, nous souhaitons qu'elle ne se fasse pas trop attendre. »

Au lendemain de la Conférence, les nations qui auront apporté leur adhésion à la Convention révisée, devront remplir un autre devoir : celui de mettre en harmonie la loi interne avec la législation internationale, et c'est par ce travail que la Convention sera surtout, comme nous le disions plus haut, une œuvre véritablement nationale.

Bas à la Convention révisée. Cf. *Bibliographie de la France* du 4 février 1910.

En Allemagne une loi nouvelle répondant à cette nécessité a déjà été promulguée (1). C'est le premier pays qui donne l'exemple d'une telle législation.

En France, le Parlement a ratifié purement et simplement le texte de la Convention; aussi la nécessité d'une législation nationale s'impose-t-elle aujourd'hui plus que jamais; il est indispensable que la loi française, aux termes mêmes de la Convention de Berlin, se prononce sur certains points laissés volontairement dans l'ombre; il est nécessaire en outre qu'elle dissipe l'équivoque juridique que va créer en France la co-existence des textes de la Convention de Berlin et de la loi de 1866 qui restent l'un et l'autre actuellement en vigueur.

D'une part en effet, les lois de 1791 et 1793 et la Convention de Berlin qui consacrent les droits de l'auteur sur leurs productions phonographiques, de l'autre la loi de 1866, qui est la négation même de ces droits, exigent, avec la même force, leur application. Laquelle de ces dispositions contradictoires tranchera les différends qui seront portés devant les tribunaux ?

S'il est vrai que les lois sont supérieures aux Conventions (2), l'œuvre accomplie à Berlin n'aura qu'une

1. Cf. Annexes, p. 180.

2. Pouillet. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, p. 649.

valeur internationale, c'est-à-dire ne trouvera son application qu'entre nations co-contractantes et l'on aboutit ainsi à cette singulière anomalie qu'un auteur étranger, ressortissant d'un État contractant, pourra invoquer en France le bénéfice de l'article 13 alors qu'un auteur français restant soumis à la loi de 1866 et partant, à la jurisprudence de notre Cour de Cassation, se trouvera comme par le passé, dénué de toute protection.

Puisque le législateur français a adhéré sans réserve (1) au texte élaboré à Berlin, la nécessité s'impose de soumettre à nouveau au Parlement et dans le plus bref délai, un projet de loi qui tout en consacrant les principes proclamés à la Conférence de Berlin, porterait abrogation de la loi de 1866.

Le législateur pourrait se contenter, dans la loi future, de rendre applicables aux nationaux les dispositions de la Convention de Berlin (2) : il faudrait néanmoins,

1. Tout au moins en ce qui concerne les instruments de musique mécaniques.

2. Il faudrait alors que le législateur promulgât pour la propriété littéraire une loi semblable à celle qu'il a promulguée le 1^{er} juillet 1906 pour la propriété industrielle et dont voici le texte : « Article unique :
« Les Français peuvent revendiquer l'application à leur profit, en France,
« en Algérie et dans les colonies françaises, des dispositions de la
« convention internationale pour la protection de la propriété indus-
« trielle, signée à Paris le 2 mars 1883, ainsi que des arrangements,
« actes additionnels, protocole de clôture qui ont modifié ladite Con-
« vention, dans tous les cas où ces dispositions sont plus favorables

s'il adoptait ce procédé, qu'il apportât à l'article 13 des correctifs et des précisions absolument nécessaires.

Il ne serait peut-être pas inutile, pour éviter des procès futurs, encore que le doute ne soit plus possible, de déclarer que si l'article 13 s'applique aux seules œuvres musicales, il demeure entendu que les reproductions d'airs avec paroles et de paroles seules restent sous l'application du droit commun et sont par suite régies par la loi de 1793.

Sur la question de non-rétroactivité, il conviendrait, nous l'avons vu plus haut (1), d'élucider certains points restés obscurs, en disposant notamment que tous les fabricants pourront bénéficier du principe de non-rétroactivité pour tous les instruments de musique mécaniques et pour tous les airs de musique adaptés antérieurement à la mise en vigueur de la loi.

Le législateur devrait enfin se prononcer d'une façon définitive sur le système de la licence ; les États-Unis et l'Allemagne, nous l'avons vu, ont fait l'expérience de ce système, nous l'avons nous-même expérimenté dans notre législation sur les brevets d'invention ; nous avons dit les graves inconvénients qu'il nous parais-

« que la loi française, pour protéger les droits dérivant de la propriété industrielle, et notamment en ce qui concerne les délais de « priorité et d'exploitation en matière de brevets d'invention. »

1. Cf. *supra*, p. 135 et suiv.

sait avoir en pratique et en droit : ce sera au Parlement à donner à cette question sa solution définitive.

Le phonographe a pris pendant ces dernières années un tel développement que les vicissitudes juridiques auxquelles il a été soumis ont trouvé leur écho dans la vie économique de notre pays.

Chaque progrès appelle nécessairement avec lui une législation nouvelle : cette adaptation du droit à la vie économique d'un peuple ne se fait pas sans secousses profondes ni sans luttes. On assiste d'abord à la déformation consciente des lois par une jurisprudence qui cherche à s'adapter, puis vient un temps où la jurisprudence elle-même est impuissante à faire servir les lois anciennes aux exigences des besoins nouveaux : elle s'épuise en vains efforts, ses décisions fondées sur le droit ne sont plus toujours fondées sur l'équité : c'est alors que l'heure logique, nécessaire, a sonné pour une législation nouvelle qui s'élabore au mépris d'intérêts vitaux, au mépris des luttes de parti, avec cette force mystérieuse des lois de nature.

C'est là toute l'histoire du phonographe : nous avons suivi pas à pas son évolution rapide dans sa vie économique et juridique ; cet historique aura, à défaut d'autres avantages, celui d'être un nouvel exemple de la nécessité des lois lorsqu'elles répondent à un besoin et qu'elles reposent sur l'équité : les droits d'auteur, nous l'avons vu, sont nés d'hier, à quelque classification que ces droits appartiennent, ils devaient être

un jour ou l'autre fatalement reconnus : les intérêts, les influences ont essayé d'empêcher cette reconnaissance, ils n'ont fait que la retarder, tant il est vrai qu'il existe au-dessus des volontés humaines, des lois supérieures vers lesquelles tend notre idéal de justice.

Vu : le Doyen,
P. CAUWÈS

Vu : le Président de la thèse,
L. RENAULT

Vu et permis d'imprimer :
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

ANNEXES (1)

France

*Loi des 13-19 janvier 1791 relative
aux spectacles publics.*

.

Art. 3. — Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs.

Décret des 19-24 juillet 1793, relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs.

Article premier (complété p. L. 11 mars 1902). — Les auteurs d'écrits de tout genre, les compositeurs de musi-

1. Nous avons groupé en annexes toutes les lois françaises et étrangères actuellement en vigueur et qui se rapportent de près ou de loin à la question des instruments de musique mécaniques et des phonographes. Le lecteur aura ainsi une vue d'ensemble sur l'état de cette question en France et à l'étranger.

que, les architectes, les statuaires, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie. Le même droit appartiendra aux sculpteurs et dessinateurs d'ornements, quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre.

Art. 2. —

Art. 3. — Les officiers de paix seront tenus de faire confisquer, à la réquisition et au profit des auteurs, compositeurs, peintres ou dessinateurs et autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs.

Code pénal.

Art. 425. — Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit.

.

Art. 428. — Tout directeur, tout entrepreneur de spectacle, toute association d'artistes, qui aura fait représenter sur son théâtre des ouvrages dramatiques au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, sera

puni d'une amende de cinquante francs au moins, de cinq cents au plus, et de la confiscation des recettes.

*Loi du 16 mai 1866 relative aux instruments
de musique mécaniques.*

Article unique. — La fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique qui sont du domaine privé ne constituent pas le fait de contrefaçon musicale prévu et puni par la loi du 19 juillet 1793, combinée avec les articles 425 et suivants du Code pénal.

*Convention de Berne du 9 septembre 1886, concernant la
création d'une Union internationale pour la protection des
œuvres littéraires et artistiques (1).*

Protocole de clôture.

.

Art. 3. — Il est entendu que la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique empruntés au domaine privé ne sont pas considérées comme constituant le fait de contrefaçon musicale.

1. *Recueil des conventions et traités concernant la propriété littéraire et artistique*, publié par le Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Année 1904, p. 17.

*Convention de Berne révisée pour la protection
des œuvres littéraires et artistiques, 13 novembre 1908 (1).*

.

Art. 13. — Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser : 1° l'adaptation de ces œuvres à des instruments servant à les reproduire mécaniquement ; 2° l'exécution publique des mêmes œuvres au moyen de ces instruments.

Des réserves et conditions relatives à l'application de cet article pourront être déterminées par la législation intérieure de chaque pays, en ce qui le concerne ; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies.

La disposition de l'alinéa 1^{er} n'a pas d'effet rétroactif et par suite n'est pas applicable dans un pays de l'Union aux œuvres qui dans ce pays auront été adaptées licitement aux instruments mécaniques avant la mise en vigueur de la présente convention.

Les adaptations faites en vertu des alinéas 2 et 3 du présent article et importées sans autorisation des partis intéressés, dans un pays où elles ne seraient pas licites, pourront y être saisies.

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1908, p. 143.

Loi portant approbation d'une Convention d'Union internationale conclue à Berlin le 13 novembre 1908, ayant pour effet de réviser, de modifier et de remplacer : 1^o la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, l'acte additionnel et le Protocole de clôture joints à la même Convention; 2^o l'acte additionnel et la déclaration interprétative de Paris, du 4 mai 1896. (Du 28 juin 1910) (1).

Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article unique.—Le Président de la République est autorisé à ratifier et, s'il y a lieu, à faire exécuter la Convention d'union internationale de Berne révisée pour la protection des œuvres littéraires et artistiques conclue à Berlin le 13 novembre 1908.

Une copie authentique de ce document demeurera annexée à la présente loi.

La présente loi délibérée et adoptée par le Sénat et par la Chambre des députés sera exécutée comme loi de l'État.

1. *Journal Officiel* du 30 juin 1910.

Suisse

Loi fédérale concernant la propriété littéraire et artistique
(23 avril 1883)(1).

Article premier. — La propriété littéraire et artistique consiste dans le droit exclusif de reproduction ou d'exécution des œuvres de littérature ou d'art...

.

Art. 11. — Ne constituent pas une violation du droit d'auteur...

1°

11° La reproduction de compositions musicales par les boîtes à musique et autres instruments analogues.

Belgique

Loi sur le droit d'auteur (22 mars 1886).

Article premier. — L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

.

Art. 38. — Les étrangers jouissent en Belgique des droits garantis par la présente loi, sans que la durée de ceux-ci

1. Lyon-Caen et Delalain, t. I, p. 547.

puisse, en ce qui les concerne, excéder la durée fixée par la loi belge. Toutefois s'ils viennent à expirer plus tôt dans leur pays, ils cesseront au même moment en Belgique.

Italie

Décret approuvant le texte unique des lois concernant les droits appartenant aux auteurs des œuvres de l'esprit (19 sept. 1882) (1).

Article premier. — Les auteurs des œuvres de l'esprit ont le droit exclusif de les publier, de les reproduire et d'en vendre les reproductions.

Art. 2. — Sont assimilés à la publication réservée à l'auteur d'une œuvre :

.

L'impression ou tout autre mode semblable de publication des œuvres ou compositions de nature à être représentées publiquement ;

La représentation ou l'exécution d'une œuvre de nature à être représentée publiquement, d'une action chorégraphique et d'une composition musicale quelconque soit inédite, soit publiée.

.

Art. 3. — Sont assimilées à la reproduction réservée à l'auteur :

1. Lyon-Caen et Delalain, t. I, p. 380 et suiv.

La répétition de la représentation ou de l'exécution, en entier ou en partie, d'une œuvre de nature à être représentée publiquement, d'une action chorégraphique et d'une composition musicale quelconque déjà représentée ou exécutée en public sur manuscrit ;

La réduction pour divers instruments, les extraits et les adaptations d'œuvres musicales ou d'une partie de ces œuvres, sauf les cas où un motif d'une œuvre originale devient le thème ou l'occasion d'une composition musicale qui constitue une œuvre nouvelle.

Angleterre

Loi relative au droit d'auteur (1^{er} juillet 1842) (1).

.

Art. 2. — Pour l'interprétation de la présente loi, le mot *livre* signifiera et comprendra tout volume, partie ou division de volume, brochure, feuille d'impression typographique, feuille de musique, carte géographique, carte marine ou plan publié séparément ; les mots *pièce dramatique* signifieront et comprendront toute tragédie, comédie, pièce, opéra, farce ou autre divertissement scénique, musical ou dramatique ; le mot *copyright* signifiera le droit absolu et exclusif d'imprimer ou de multiplier par d'autres procédés les exemplaires de tout sujet auquel ledit mot se trouve ici appliqué ; le mot *ayant cause* signifiera et

1. Lyon-Caen et Delalain, t. I, p. 270.

comprendra toute personne qui sera investie des droits intellectuels d'un auteur, qu'elle tienne ce droit de l'auteur avant ou après la publication d'un livre ou qu'elle l'ait acquis par vente, donation, legs, effet de la loi ou autrement .

.

Art. 20. — Attendu qu'une loi a été adoptée précédant la troisième année du règne de feu Sa Majesté pour amender la loi relative à la propriété littéraire dramatique et qu'il convient d'étudier la jouissance du droit exclusif de représentation des pièces dramatiques accordée par ladite loi à la durée pleine et entière prévue par la présente loi pour la durée du droit de reproduction, et attendu qu'il convient d'étendre aux *compositions musicales* le bénéfice de la loi ainsi que celui de la présente loi...

Les dispositions de ladite loi de feu Sa Majesté et de la présente loi s'appliqueront aux compositions musicales et le droit exclusif de représenter ou d'exécuter, de faire représenter ou exécuter ou d'autoriser à représenter et à exécuter une pièce dramatique ou une composition musicale, durera et sera la propriété de l'auteur dudit ouvrage et de ses ayants cause pendant le délai prévu par la présente loi pour la durée du droit de reproduction sur les livres.

.

Act d'amendement relatif au Musical Copyright
(22 juillet 1902).

2. Si une personne produit, vend, ou offre en vente une édition contrefaite, une telle édition sera saisie par l'autorité sans garantie, sur la demande écrite du propriétaire apparent des droits d'auteur sur ledit ouvrage, ou de tout agent y autorisé par écrit, au risque de ce propriétaire.

3. « Musical Copyright » veut dire le droit exclusif du propriétaire des droits d'auteur (copyright) sous l'empire des Copyright Acts actuellement en vigueur, de faire ou d'autoriser une autre personne à faire tout ou partie des choses suivantes en ce qui concerne les œuvres musicales :

1. De faire des copies par l'écriture ou autrement de toute composition musicale.

2. De modifier une telle composition musicale.

3. De faire de nouvelles adaptations, arrangements, ou production d'une telle composition musicale ou de sa mélodie dans toute notation ou système.

« Composition musicale » veut dire toute combinaison de mélodie et d'harmonie ou de l'un ou l'autre, imprimée, transcrite par l'écriture ou produite ou reproduite par tout autre moyen graphique.

« Œuvre musicale contrefaite » veut dire toute composition musicale, imprimée ou reproduite par tout autre moyen, sans le consentement loyalement donné par le pro-

propriétaire des droits d'auteur sur une telle composition musicale (1).

*Act d'amendement de la loi relativement au Musical
Copyright (4 août 1906).*

Toute personne qui imprime, reproduit, vend, expose, offre ou a en sa possession pour vendre toute œuvre musicale contrefaite ou en sa possession toutes « planches » destinées à l'impression ou à la reproduction des contrefaçons d'œuvres musicales, sera (à moins qu'elle ne prouve sa bonne foi) reconnue coupable d'un délit punissable sur preuve sommaire et sera passible d'une amende n'excédant pas cinq livres et, si elle récidive, à l'emprisonnement avec ou sans travaux forcés pour une durée n'excédant pas deux mois ou une amende n'excédant pas dix livres.

.....
L'expression « œuvres contrefaites » veut dire toute copie d'une œuvre musicale écrite, imprimée ou reproduite par tout autre moyen sans le consentement donné légalement par le propriétaire du droit d'auteur sur une telle œuvre.

L'expression « plates » (2) signifie tout stéréotype ou autres planches, pierres, matrices, positifs ou négatifs,

1. Musical (Summary Proceedings) Copyright act, 1902 (2^e édit, 7^e) (ch. 15).

2. Nous avons traduit ce mot par planche : il a en réalité une signification plus étendue, ainsi que l'explique l'act; mais il n'y a pas de mots français rendant exactement le sens de ce mot.

dont on se sert ou dont on a l'intention de se servir pour l'impression ou la reproduction de copies d'œuvres musicales. A condition que les expressions « œuvres contrefaites » et « planches » ne comprennent pas pour les effets du présent act les rouleaux de musique perforés utilisés pour le jeu des instruments mécaniques, ni les cylindres destinés à la reproduction d'ondes sonores, ni les matrices ou autres moules servant à la fabrication des rouleaux ou des cylindres (1).

États-Unis

Loi modifiant et codifiant la loi concernant le droit d'auteur
(4 mars 1909) (2).

Article premier. — Toute personne à ce autorisée jouira, à la condition d'observer les prescriptions de la présente loi, du droit exclusif suivant :

a) D'imprimer, de réimprimer, de publier, de reproduire et de vendre l'œuvre protégée ;

b).
de l'arranger ou de l'adapter s'il s'agit d'une œuvre musicale ;

.
d) De produire ou représenter publiquement l'œuvre

1. Musical Copyright Act, 4 août 1906 [6^e Edit. 7] [chap. 36].

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, 1909, p. 61.

protégée s'il s'agit d'un drame ou s'il s'agit d'une œuvre dramatique non reproduite, en exemplaires destinés à la vente, d'en vendre tout manuscrit ou toute transcription quelconque; de faire ou de faire faire toute transcription ou copie de cette œuvre au moyen ou à l'aide desquelles elle pourra être totalement ou en partie présentée, exécutée, représentée, produite ou reproduite sous une forme ou par un procédé quelconque et de la présenter, exécuter, représenter, produire ou reproduire sous une forme ou par un procédé quelconque ;

e) D'exécuter publiquement, pour en tirer profit, l'œuvre protégée s'il s'agit d'une composition musicale et en vue de l'exécution publique organisée dans un but lucratif et aux effets établis sous la lettre a) ci-dessus; de faire de l'œuvre ou de sa mélodie tout arrangement ou toute adaptation à un système quelconque de transcriptions propres à enregistrer la pensée de l'auteur ou à servir de moyen pour lire ou reproduire l'œuvre.

Toutefois les dispositions de la présente loi, autant qu'elles garantissent un droit d'auteur consistant à contrôler les parties d'instruments servant à reproduire mécaniquement les œuvres musicales, s'appliquent uniquement aux compositions publiées et protégées après la mise en vigueur de la présente loi et ne s'appliqueront pas aux œuvres d'auteurs ou compositeurs étrangers à moins que l'État ou la nation dont cet auteur ou compositeur est citoyen ou sujet, assure aux citoyens des États-Unis des droits similaires, soit par traité, convention, arrangement, soit en vertu de la loi.

En outre il est établi et cela comme condition de l'extension du droit de contrôle du droit d'auteur par rapport aux dites reproductions mécaniques, que toutes les fois que le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale l'aura adaptée ou permis de l'adapter ou sciemment consenti à son adaptation à des parties d'instruments servant à reproduire mécaniquement l'œuvre musicale, toute autre personne pourra faire une utilisation semblable.

Allemagne

Loi concernant le droit d'auteur sur les écrits, dessins, compositions musicales et œuvres dramatiques (11 juin 1870) (1).

Article premier. — Le droit de reproduire un écrit par des procédés mécaniques appartient exclusivement à l'auteur de cet écrit.

.

Art. 4. — Toute reproduction d'un écrit par des procédés mécaniques faite sans le consentement de l'ayant droit est qualifiée contrefaçon et est interdite.

Cette interdiction s'applique à la reproduction partielle comme à la reproduction intégrale.

.

Art. 45. — Les dispositions des articles 1 à 5 et 8 à 42

1. Lyon-Caen et Delalain, p. 55 et suivantes.

sont également applicables au droit d'auteur sur des compositions musicales.

Loi concernant le droit d'auteur sur les œuvres musicales et littéraires (19 juin 1901) (1).

Art. 22. — Est licite la transcription d'une œuvre musicale éditée sur des disques, planches, cylindres, bandes et autres parties semblables d'instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique. Cette disposition s'applique également aux parties interchangeables, à moins qu'elles ne s'adaptent à des instruments par lesquels l'œuvre peut être reproduite au point de vue de la force et de la durée des sons et au point de vue de la mesure de manière à équivaloir à une exécution personnelle (2).

Loi concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et musicales du 19 juin 1901 modifiée par la loi du 22 mai 1910.

.

Art. 22. — Lorsque l'auteur d'une œuvre musicale autorise un tiers à multiplier professionnellement l'œuvre en vue d'une reproduction mécanique (art. 12, al. 2, n° 5), toute tierce personne qui aura un établissement industriel principal ou son domicile dans le pays, pourra, dès que l'œuvre aura été éditée, demander que l'auteur lui accorde

1. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1901, p. 87.

2. Journal *Le Droit d'Auteur*, année 1910, p. 90.

également une autorisation analogue moyennant une indemnité équitable ; cette demande sera recevable, peu importe que l'auteur ait accordé à la tierce personne le droit de reproduction avec ou sans transfert de la faculté exclusive dont il est investi. L'autorisation ne produira d'effet qu'en ce qui concerne la mise en circulation dans le pays même et l'exportation dans des États où l'auteur n'est pas protégé contre la reproduction mécanique de l'œuvre. Quant aux rapports avec un État où la réciprocité est considérée comme étant garantie, le chancelier pourra déterminer par une publication à insérer dans la « Feuille Impériale des lois », dans quelle mesure une tierce personne, qui ne possède dans l'empire ni établissement industriel ni domicile, sera en droit de demander l'autorisation dont il s'agit et ordonner que celle-ci soit aussi valable pour l'exportation dans ledit État.

Les dispositions de l'alinéa 1^{er} s'appliquent également à l'écrit protégé qui accompagne comme texte une œuvre musicale et dont l'auteur aura consenti à la reproduction professionnelle par un tiers, en vue de la reproduction mécanique. Toutefois l'auteur de l'œuvre musicale a le droit et l'obligation d'accorder l'autorisation au lieu et place de l'auteur du texte, sous réserve de payer à ce dernier une part équitable de la rémunération.

Art. 22 a. — Les organes d'instruments confectionnés en vertu d'une autorisation accordée conformément à l'article 22 pourront être utilisés, avec la restriction contenue dans la seconde phrase de l'alinéa 1^{er} de cet article, pour

l'exécution publique de l'œuvre, sans qu'aucune permission spéciale soit nécessaire à cet égard, lorsque, avant ou après la mise en vigueur de la présente disposition, l'auteur aura cédé le droit exclusif d'exécution à une tierce personne, il devra payer à celle-ci une part équitable de la rémunération.

Les dispositions de l'alinéa 1^{er} s'appliquent même dans le cas où l'auteur autorise de son plein gré un tiers à multiplier l'œuvre en vue de la reproduction mécanique.

Art. 22 *b*. — Lorsque l'auteur aura cédé partiellement le droit exclusif de reproduction mécanique, l'autorisation prévue dans l'article 22 ne doit être accordée néanmoins que par lui. En cas de cession non limitée l'autorisation devra être accordée par l'ayant droit.

Art. 22 *c*. — Sont compétents les tribunaux de la ville de Leipzig en matière de demandes dans lesquelles est revendiqué un droit à l'autorisation, si l'auteur n'est pas en Allemagne dans une situation entraînant attribution de for.

Des dispositions provisionnelles peuvent être ordonnées, même en l'absence des conditions prescrites, par les articles 935 et 940 du Code de procédure civile (1).

1. Le projet de loi allemand du 12 mars 1910 comportait un article 22 *c* qui n'a pas été reproduit dans la nouvelle loi, nous donnons ci-dessous copie de cet article dont la non-reproduction dans la loi constitue la seule différence importante entre les deux textes :

Art. 22 *c*. — L'autorisation pourra être refusée lorsque l'instrument pour lequel elle est demandée est de nature à ne permettre une repro-

duction tellement inférieure au point de vue musical que l'auteur ne saurait être tenu de la supporter.

De même le titulaire du droit d'autorisation pourra interdire la confection d'organes pour lesquels l'autorisation aura été accordée, lorsqu'ils seront fabriqués en si mauvaise qualité que l'auteur ne saurait être tenu de supporter la reproduction de son œuvre à l'aide de pareils organes. L'interdiction se fera sous forme de notification adressée à celui qui aura obtenu l'autorisation. En cas d'interdiction, les organes déjà confectionnés devront être détruits (art. 42) ; toute reproduction, mise en circulation et utilisation ultérieure des organes en vue de l'exécution publique, sera soumise aux prescriptions concernant les violations des droits d'auteur.

BIBLIOGRAPHIE

- Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique, de Pataille et autres.
- BENOIST et DESCAMPS. — Commentaire législatif de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur.
- BRICON. — Du droit d'auteur dans les rapports internationaux.
- Bulletin de l'Association littéraire et artistique internationale.
- CHAUVEAU, ADOLPHE, FAUSTIN HÉLIE. — Théorie du Code pénal.
- CLARO (Charles). — Dissertation au Recueil Dalloz.
- CLUNET. — Articles dans le Journal de Droit International privé.
- Dalloz périodique. Jurispr. générale, v° Propriété littéraire.
- DARRAS. — Des droits intellectuels. Rapport à la deuxième Conférence réunie à Berne. Articles dans le journal « Le Droit d'Auteur. »
- Droit d'auteur. Organe mensuel du bureau international de l'Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.
- FUZIER-HERMANN. — Répertoire général alphabétique du droit français, v° Propriété littéraire.
- HUARD et MACK. — Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique, année 1909.

- LYON-CAEN et DELALAIN. — Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique, année 1889.
- MAILLARD. — Examen des travaux de la Conférence de Paris de 1896 (publié par l'Association littéraire et artistique internationale).
- MARÉCHAL. — La parole d'après le tracé du phonographe.
- PICARD. — Préface aux Pandectes belges.
- POUILLET. — Traité théorique et pratique de la Propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, 1908.
- RIVIÈRE. — Protection internationale des œuvres littéraires et artistiques ; thèse.
- SBRIGLIA. — L'exploitation des œuvres musicales par les instruments de musique mécaniques et le droit de l'auteur.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
Introduction.	5
Analyse du droit d'auteur : droit moral, droit pécuniaire. — Étendue du droit pécuniaire : <i>a</i>) sur l'expression matérielle de l'œuvre ; <i>b</i>) sur son exécution et sa reproduction. — Nature juridique du droit d'auteur : l'auteur est-il propriétaire de son œuvre ? — La théorie des droits intellectuels. — Définition de la Cour de cassation. — Le phonographe. — Position de la question.	
Historique et législation du phonographe .	20
Les précurseurs du phonographe : sirène phonautographe. — Invention du phonographe : description de l'appareil. — Son développement économique ; ses améliorations et perfectionnements. — Aperçu historique des droits d'auteur. — Les lois des 19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793. — Les articles 428 et suivants du Code pénal. — Différentes questions soulevées à l'occasion de ces lois. — La loi du 16 mai 1866. — Nouvelles questions qu'elle a fait naître.	
Discussions théoriques et pratiques.	34
A). — Le phonogramme est-il une édition ? . . .	34
Les termes généraux de la loi de 1793 ; sens du mot	

« ouvrage » ; sens du mot « édition ». — Le phonogramme est une édition au sens étroit du mot. — Livres à caractères généralement illisibles : méthode Braille, sténographie, etc. — L'écriture acoustique. — Lisibilité du phonogramme. — La théorie de la reproduction sonore.

B). — La loi du 16 mai 1866 est-elle interprétative ou restrictive ? 50

Les instruments de musique mécaniques contemporains de la loi : orgues, boîtes à musique, serinettes. — Le pianista Debain, les pianos mécaniques. — La jurisprudence française à la veille de la loi de 1866. — Discussions du projet de loi. — La loi de 1866 est une loi de circonstance. — L'attitude de la Suisse.

C). — Le phonographe est-il un instrument de musique mécanique ? 64

Ce qu'est un instrument de musique. — Le phonographe ne peut rendre un son qui lui soit propre : c'est un appareil enregistreur. — La jurisprudence française. — Jugement du tribunal civil de la Seine du 6 mars 1903. — Arrêt infirmatif du 1^{er} février 1905. — Arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1906. — L'orientation de notre jurisprudence.

La Jurisprudence étrangère. 73

Conséquences de la loi du 16 mai 1866. — Sa répercussion à l'étranger. — Lois et jurisprudences étrangères. — Suisse : loi du 23 avril 1883. — Belgique : loi de 1886 et Convention de Berne. — Les décisions contradictoires de la jurisprudence belge. — Italie : loi de 1882. — Tendance de la jurisprudence italienne. — Angleterre : loi du 1^{er} juillet 1842 ; la jurisprudence anglaise défavorable aux auteurs ; Musical Copyright des 22 juillet 1902 et

4 août 1906. — États-Unis : législation et jurisprudence. — Allemagne : lois de 1870, du 1^{er} janvier 1901 et du 22 mai 1910. — Sa jurisprudence variable.

La Conférence de Berlin 100

Origines de la Convention de Berne. — Les Congrès de la propriété littéraire et artistique. — Initiative de la Suisse. — La Convention de Berne du 9 septembre 1886. — L'article 3 du Protocole de clôture. — La Conférence de Paris de 1896. — Préliminaires de la Conférence de Berlin : les États représentés. — Le projet de l'Administration allemande. — L'attitude de l'Allemagne aux Conférences de Paris et de Berlin : explication de cette attitude. — L'attitude de la France. — La commission de rédaction. — Divergence des vues des puissances : les différentes propositions. — L'article 13 de la Convention. — L'alinéa 1^{er} : la question de l'exécution publique. — L'alinéa 2 : consécration des principes. — Alinéa 3 : le principe de non-rétroactivité. — Alinéa 4 : la saisie des œuvres contrefaites.

Examen critique de la Conférence de Berlin 127

Les difficultés de rédaction et les divergences de vue qui expliquent l'imprécision du texte. — Les auteurs d'œuvres littéraires sont-ils protégés? — *Quid* des œuvres littéraires accompagnées de musique? — Le principe de non-rétroactivité : les points que le texte volontairement n'a pas élucidés. — La question du surmoulage. — Le système de la licence : ses inconvénients en droit et en fait ; son application aux États-Unis : loi du 4 mars 1909 ; en Allemagne : loi du 22 mai 1910. — Efforts tentés au lendemain de la Conférence : le Congrès de Copenhague. — Les puissances préparent leurs adhé-

sions : les commissions. — Les adhésions au texte de la Conférence. — État de la question en Italie, en Angleterre, en France	
Conséquences de la Conférence de Berlin.	147
Conclusion	157
Annexes	167
Bibliographie	185

